Die Wahlfeststellung im Strafurteil, § 2b StGB., § 267b StPO.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Stahl
Referendar aus Nürnberg.

Approbiert am 8. Oktober 1937.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1937

Dekan und Referent: Professor Dr. jur. August Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Teil. Einführung.

§ 1. Das Wesen der Wahlfeststellung; Abgrenzung des Themas; Beispiele 1

§ 2. Der Streit um die Zulässigkeit der Wahlfeststellungen in der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft . . 4

I. Die Zeit vor Einführung der Schwurgerichte . . 4

II. Die Zeit bis zur RStPO. 5

III. Die Zeit nach Einführung des RStPO. . . . 7

1. Die Stellungnahme des Reichsgerichts 7

2. Die Haltung der Wissenschaft 8

3. Vorkämpfer für eine erweiterte Zulassung der Wahlfeststellungen 9

IV. Die Uebergangszeit 10

1. Der Urteilsentwurf des 1. Strafsenats v. 8. XII. 33 und die Auffassung K. H. Nüses 11

2. Die Entscheidung der vereinigten Strafsenate v. 2. V. 34 11

§ 3. Die derzeitige gesetzliche Regelung 12

II. Teil. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Wahlfeststellungen nach § 2b StGB.

§ 4. Die verschiedenen Möglichkeiten wahldeutiger Feststellungen 16

§ 5. Der staatliche Strafanspruch; (Rechtsanalogie) . . . 18

I. Die Notwendigkeit des staatlichen Strafanspruches für jede Alternative 18

II. Wahlfeststellung und analoge Strafrechtsanwendung . 20

III. Materialrechtliche und prozessuale Bestrafungshindernisse 21

§ 6. Die Notwendigkeit des Verstoßes gegen verschiedene Strafgesetze 22

I. Wahlfeststellung gemäß § 2b StGB. bei reiner Tatsachenalternativität? 22

II. Wahlfeststellung gemäß § 2b StGB. bei juristischen Zweifeln? 24

1. Grundsätzliches 24

2. Juristische Meinungsverschiedenheiten bei Kollegialgerichten 25

Seite

III. Wahlfeststellung bei widersprechenden Sachverständigengutachten? 26

§ 7. Wann liegt ein Verstoß gegen verschiedene Strafgesetze vor? 28

I. Wahlfeststellung bei alternativen oder kumulativen Mischgesetzen? 28

II. Wahlfeststellung zwischen qualifizierten oder priveligierten Fällen und dem Grunddelikt? 32

III. Wahlfeststellung zwischen strafbarer Vorbereitungshandlung, Versuch und Vollendung desselben Delikts? . 35

1. Wahlfeststellung zwischen Versuch und Vollendung der gleichen Tat? 35

2. Wahlfeststellung zwischen strafbaren Vorbereitungshandlungen und Versuch bezw. Vollendung des Hauptdelikts? 36

a) Selbständige Vorbereitungsdelikte. (Versuch als delictum sui generis) 36

b) Das Gesetz der Subsidiarität im Verhältnis zu den Wahlfeststellungen 37

c) Unselbständige Vorbereitungsdelikte 38

IV. Wahlfeststellung zwischen den verschiedenen Teilnahmeformen? 39

V. Wahlfeststellung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit 41

§ 8. Die Frage der Tatidentität. (Verfahrensrecht) . . . 47

I. Der Begriff der Tatidentiät im Sprachgebrauch d. Reichsgerichts und der früher herrschenden Lehre in Bezug auf Wahlfeststellungen 47

II. Wegfall des Erfordernisses einer bestimmten Handlung i. S. des § 264 StPO. 50

III. Beibehaltung des Erfordernisses der Uebereinstimmung der Tat in Anklageschrift bezw. Eröffnungsbeschluß und Urteil 52

IV. Der Gang des Verfahrens unter dem Gesichtspunkt der Tatidentität 53

a) Bei einheitlicher Tat i. S. des § 264 StPO. . . 53

1. Alternativ gefaßte Anklageschrift 54

2. Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes bei Möglichkeit der wahldeutigen Verurteilung 54

3. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte bei Wahlfeststellungen 55

b) Bei mehreren Taten i. S. des § 264 StPO. . . . 56

1. Erweiterung der Anklage gemäß § 266 StPO. . . 57

2. Die Nachtragsanklage 57

III. Teil. Die Anwendung des § 2b StGB. (§ 267b StPO.) und Rechtsfolgen

§ 9. Das „mildeste" Strafgesetz 60

Seite

I. Nach welchem Prinzip ist das mildeste Strafgesetz zu bestimmen? 60
a) Vergleichung der abstrakten Strafrahmen, § 73 StGB. (Graf zu Dohna) 60
b) Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, § 2 a Abs. II StGB. 63
c) Vergleichung der tatsächlich verwirkten Einzelstrafen 65
II. Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßregeln der Sicherung und Besserung 69
§ 10. Folgerungen aus wahldeutigen Verurteilungen . . 72
I. Wirken wahldeutige Urteile rückfallbegründend? . 73
II. Welchen Einfluß haben wahldeutige Verurteilungen auf strafbare Nachtaten? 74
III. Genügt eine wahldeutige Verurteilung zur Erbringung des Wahrheitsbeweises gemäß § 190 StGB.? . . 75
IV. Anfechtung wahldeutiger Urteile; Wiederaufnahme des Verfahrens 75

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1934.

von Bar: Recht und Beweis.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung, Leipzig 1890.

von Dassel: Wahlweise Tatsachenfeststellung im Strafrecht, ungedr. Göttinger Dissertation, 1923.

zu Dohna: „Das alternative Strafurteil" in ZStrW. 1935 S. 576 f.

Dalcke: Strafrecht und Strafprozeß, Berlin 1935.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Kommentar, 18. Aufl. 1931.

Frank-Nachtrag: Die Gesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, von Schäfer und Dohnany, 1936.

Gerland: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1933.

— Der deutsche Strafprozeß, Mannheim 1927.

Grünhut: „Alternative Tatsachenfeststellung im Strafprozeß", MoSchrKriPsy. 1934 S. 327 ff.

Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht, Allgem. Teil, 2. Aufl. 1935.

Hahn: Materialien und Strafprozeßordnung Bd. I.

Handschuh: Versuch und Rücktritt bei einer mit Strafe bedrohten Vorbereitungshandlung, Diss. 1936.

von Hippel: Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930.

— Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932.

Hubernagel: „Das Alternativ-Strafurteil als Doppelwirkung" in „Deutsches Strafrecht", Neue Folge Bd. I.

Köhler: Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil. 1917.

— Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzekonkurrenz, München 1910.

v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts.

Lehmann: Die Strafprozeßnovelle v. 28. Juni 1935, JW. 1935, S. 2327.

Löwe: Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 19. Aufl., bearbeitet von Gündel-Hartung-Niethammer.

Löwe-Ergänzungsband: Gesetz zur Aenderung der Vorschriften des Strafverfahrens . . . v. 28. Juni 1935, bearbeitet von Gündel-Hartung-Niethammer, Berlin 1936.

Mezger: Strafrecht, 1933.

Mannheim: „Zur wahldeutigen Tatsachenfeststellung“ in ZStrW. Bd. 44, S. 442.
Niethammer: DRZ. 1934 S. 169.
Nüse: Das Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß, 1933.
— „Wahlweise Tatbestandsaufstellung“ in Deutsches Recht 1937 S. 18ff.
Oetker: Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten, Leipzig 1907.
— „Alternative Schuldfeststellungen“ in „Der Gerichtssaal“, Bd. 106 S. 401ff.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl.
Olshausen-Ergänzungsband: bearbeitet von Freiesleben-Kirchner-Niethammer, Berlin 1936.
Ostern: Die Alternativität im Strafurteil, Breslau 1902.
Rumpf: Der Strafrichter, Bd. I 1912, Bd. II 1913.
Schaffstein: JW. 1934, S. 2049f.; JW. 1936, S. 193.
Schäfer: Das Gesetz zur Aenderung des Strafgesetzbuchs v. 28. Juni 1935, in JW. 1935, S. 2325f.
Schwabe: Die Zulässigkeit alternativer Feststellungen im Urteil des Strafrichters, 1934.
Schwarz: Kurzkommentar zum Strafgesetzbuch, 1936.
— Kurzkommentar zur Strafprozeßordnung, 1936.
Schwinge: „Identität der Tat im Sinne der StPO.“, in ZStrW. Bd. 52 S. 203.
Staks: „Alternativfeststellung und Rückfall“, in JW. 1935, S. 2939.
Wertheimer: Die Mischgesetze des deutschen StGB. 1903.
Zeiler: „Die alternative Tatsachenfeststellung durch den Strafrichter“, in DRZ. 1914, Sp. 521ff., 569.
— „Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung“, in ZStrW. 1920, S. 168ff.
— „Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung“, in ZStrW. 1922, S. 665ff.
— „Noch einmal Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung“, in ZStrW. 1923, S. 569.
— „Verurteilung wegen fahrlässiger Tat trotz schweren Verdachts auf Vorsatz“, in ZStrW. 1934, S. 251.
— „Strafurteile auf wahldeutiger Grundlage“, in DJ. 1934, S. 901ff.
Amtl. Sonderveröffentlichen der Deutschen Justiz: Nr. 10 „Die Strafrechtsnovellen v. 28. Juni 1935, nebst amtl. Begründungen“.
Amtl. Sonderveröffentlichungen der deutschen Justiz: Nr. 8 „Mitteilungen in Strafsachen“.

(Es wurden die üblichen Abkürzungen verwendet, MoSchr-KriPsy. bedeutet: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform).

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533908_0016

I. Teil.

Einleitung.

§ 1. Das Wesen der Wahlfeststellung; Abgrenzung des Themas; Beispiele.

Die Aufgabe des Strafrichters besteht — von der entsprechenden Rechtsanwendung gemäß § 2 StGB. wegen ihrer Ausnahmestellung abgesehen — darin, zu prüfen, ob ein bestimmtes historisches Verhalten des Angeklagten, das im wesentlichen in der Anklageschrift bezeichnet sein muß, unter den Tatbestand eines schriftlich niedergelegten, genau formulierten Strafgesetzes fällt und bejahendenfalls auf eine angemessene Bestrafung innerhalb des Strafrahmens dieses Gesetzes zu erkennen. Hierbei stellen sich ihm in der Erkenntnis des geschichtlichen Vorganges, über den er urteilen soll, oft unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen. Der Vorfall liegt meist schon einige Zeit zurück, die Zeugen, falls solche überhaupt vorhanden, machen oft auf Grund ungenauer Warnehmung widersprechende Angaben, kurz, es ist dem Richterspruch bei eingehender Beweisaufnahme und Erschöpfung sämtlicher Erkenntnismittel oft nicht möglich sich ein sicheres, eindeutiges Bild von dem Tathergang zu machen. Vielmehr schweben ihm verschiedene Möglichkeiten des gesamten Tatablaufs oder einzelner Tatumstände vor Augen, ohne daß er sich für eine entscheiden kann. Seiner wahren Ueberzeugung entsprechend ist der Richter in solchen Fällen gezwungen in den Gründen des Urteils die verschiedenen Möglichkeiten alternativ zu erörtern und darzulegen, daß er sich für keine derselben mit Sicherheit entschließen kann. Er kann also den Sachverhalt wegen seines man-

gelnden historischen Erkenntnisvermögens nachträglich nicht mehr eindeutig feststellen, sondern muß sich mit der wahlweisen Angabe der verschiedenen Möglichkeiten begnügen. Die Notwendigkeit und das Wesen der Wahlfeststellungen ist demnach auf das begrenzte historische Aufklärungsvermögen des Menschen zurückzuführen.

Wir finden solche Wahlfeststellungen in dem oben dargelegten weiteren Sinn entweder offen oder verschleiert fast in jedem Strafurteil. Sie liegen schon vor, wenn unwesentliche Umstände der Tat, wie Zeit und Ort der Begehung nicht mehr genau festgestellt werden können, wenn es im Urteil z. B. heißt: „Am Samstag den 9. oder Sonntag, den 10. Januar 1937 entwendete der Angeklagte usw.". Daß solche wahldeutige Feststellungen eine ausreichende Grundlage für eine Verurteilung bilden, ist nirgends bestritten, da sie in der Praxis kaum zu vermeiden sind. Auf sie braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

Gegenstand unserer Betrachtung sollen nur die wahldeutigen Tatsachenfeststellungen sein, von denen früher strittig war, ob sie eine Verurteilung des Angeklagten begründen können und deren Zulässigkeit durch das Gesetz vom 28. Juni 1935 in § 2b StGB. ausdrücklich bestimmt wurde. Das Wesen dieser Wahlfeststellungen im engeren Sinne ist in § 2b StGB. dahin gekennzeichnet, daß auf Grund des nur wahlweise festgestellten Sachverhaltes ein Verstoß gegen eines von mehreren Strafgesetzen in Frage stehen muß. Wie wir unten sehen werden, fallen jedoch nicht alle nach der früher herrschenden Ansicht des Reichsgericht und der Wissenschaft unzulässigen wahldeutigen Verurteilungen unter § 2b StGB. obgleich sie auf Grund dieser Bestimmung heute als zulässig zu erachten sind. Sie werden trotzdem näher besprochen werden müssen; ja, es wird gerade unsere Aufgabe sein, zu zeigen, welche Wahlfeststellungen unmittelbar unter § 2b StGB. fallen und auf welche § 2b StGB. nur mittelbar anzuwenden ist, mit der Maßgabe, daß gewisse, zum Schutze des Angeklagten bestimmte Formalien (Mitteilung des Urteils

an den RM. d. Justiz) nicht eingehalten zu werden brauchen.

Einleitend mögen jedoch einige Fälle angeführt werden, die ohne jeden Zweifel unmittelbar unter § 2 b StGB. fallen:

a) Bei dem mittellosen Angeklagten wurde ein wertvoller Gegenstand, etwa ein Damenpelz, gefunden, der vor einigen Tagen gestohlen worden war. Er bringt zu seiner Verteidigung unwiderlegbar vor, daß er den Pelz für ganz geringes Entgelt von einem Unbekannten gekauft habe, um ihn bei Gelegenheit mit Gewinn weiter zu veräußern. Das Gericht hält es für wahrscheinlich, daß er den Pelz gestohlen hat. Von keiner der beiden Möglichkeiten ist es jedoch voll überzeugt. Eine weitere Aufklärung des Sachverhalts ist nicht möglich. Hier muß nach § 2b StGB. eine Wahlfeststellung zwischen Diebstahl (§ 242 StGB. und Hehlerei (§ 259 StGB.) getroffen werden.[1]).

b) Der Täter hat unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers einen Gegenstand auf Abzahlung gekauft, eine Rate angezahlt und einige Tage später die Sache weiterveräußert. Auf Grund der Verhältnisse ist das Gericht im Zweifel, ob er schon bei Kauf des Gegenstandes die Absicht hatte diesen nicht zu bezahlen oder ob er ihn zunächst in redlicher Absicht kaufte und ihn erst später wegen der günstigen Gelegenheit trotz des Eigentumsvorbehalts weiterveräußerte. Hier ist eine Wahlfeststellung zwischen Betrug (§ 263 StGB.) und Unterschlagung (§ 246 StGB.) nötig.

Gerade bei den Vermögensdelikten, ließe sich eine große Zahl von Fällen der Wahlfeststellung anführen. Die Bedeutung der Wahlfeststellungen für Strafurteile wurde bisher stark unterschätzt, da sich die Richter bis zur Einfügung des § 2 b StGB. gezwungen sahen, in solchen Fällen den Angeklagten entgegen ihrer inneren Ueberzeugung eindeutig aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen, um ihn nicht völlig der Gerechtigkeit entlaufen zu lassen. Sie geht jedoch daraus hervor, daß RG-Rat

1) Nüse, Problem., S. 68 f.

Zeiler in einem Geleitwort zu Nüses Monographie[1]) mitteilt, er habe in einem Jahre gegen 100 Beispiele versteckter Wahlfeststellungen zusammengetragen. Um zu zeigen, daß Wahlfeststellungen in der Praxis nicht nur auf Vermögensdelikte oder zum mindestens verwandte Delikte beschränkt sind, sei noch ein Fall erwähnt, der das Reichsgericht nunmehr schon wiederholt beschäftigte.[2])

c) Eine schwangere Frau wendet sich an eine andere Frau, um sich von dieser die Frucht abtreiben zu lassen. Letztere nimmt zum mindestens abtreibungsähnliche Handlungen vor, die Frucht geht nicht ab. In der Hauptverhandlung behauptet sie, sie habe nicht die Absicht gehabt die Frucht abzutreiben, sondern der Schwangeren die Abtreibungshandlungen nur vorgespiegelt, um in den Besitz des vereinbarten Honorars zu gelangen. Dieses wurde ihr tatsächlich ausbezahlt. Der wahre Sachverhalt ist nicht aufzuklären. In diesem Fall ist die Schwangere eindeutig wegen Abtreibungsversuch zu verurteilen. Die Manipulantin dagegen kann nur wahldeutig wegen Abtreibungsversuchs (§§ 218, 43 StGB.) oder Betrugs (§ 263 StGB.) verurteilt werden.

Wie wir schon aus diesen wenigen Beispielen ersehen, ist für die Wahlfeststellungen neben der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts bezeichnend, daß sich der Täter auf alle Fälle gegen die Rechtsordnung vergangen haben muß.[3])

§ 2. Der Streit um die Zulässigkeit der Wahlfeststellungen in der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft.

1. In der Zeit vor Einführung der Schwurgerichte in den deutschen Staaten[4]) finden wir die Streitfrage der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen im Strafurteil weder in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch in der Rechtsprechung erörtert.

1) Vergl. Literaturverzeichnis.
2) Vergl. RG. Bd. 69 S. 369 und RG. in JW. 1937, S. 1159.
3) Vergl. unten § 5.
4) Diese erfolgte etwa um 1848.

Ostern[1]) führt das mit Recht darauf zurück, daß einerseits „die Anregung durch die Schwierigkeiten im schwurgerichtlichen Verfahren fehlte, andererseits, daß der Kultus der gesetzlichen Tatbestandsworte, des gesetzlichen Paragraphen, noch nicht so auf die Spitze getrieben war, endlich, daß, wo das Geständnis das Hauptbeweismittel, der Indizienbeweis aber gar unmöglich war, Fälle des Erlangens einer alternativen Ueberzeugung weit seltener sein mußten, als bei freier Beweiswürdigung". Er glaubt aus dem Geist des gemeinen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, „mit seiner Sucht den vermeintlichen Verbrecher nicht ungestraft entkommen zu lassen, ihn zu bestrafen um jeden Preis", schließen zu können, daß es die Bestrafung auf Grund alternativer Tatsachenfeststellung in weitestem Maße erlaubt haben würde.

Bezeichnend ist jedoch, daß im Zeitalter des absoluten Staates, wo das Gesetz noch allein Mittel zur Durchsetzung der vom Herrscher gesetzten Gemeinschaftsziele war, die Frage, ob alternative Tatsachenfeststellung zur Verurteilung eines zweifellos schuldigen Verbrechers genüge, überhaupt nicht gestellt wurde. Diese Frage konnte erst im Zeitalter des liberalen Rechtsstaates auftauchen, wo das Gesetz als Mittel zur Sicherung des Einzelmenschen gegen die mächtige Staatsgewalt benützt wurde, wo formale Bestimmungen im Interesse der Rechtssicherheit höher gestellt wurden als die Forderung der materiellen Gerechtigkeit nach Bestrafung eines schuldigen Rechtsbrechers. Wir sehen hier deutlich den weltanschaulichen Hintergrund der Streitfrage.

2. Aber auch zu Beginn der liberalen Aera in Deutschland finden wir das Problem der Zulässigkeit von Alternativfeststellungen, zunächst in seiner Bedeutung unerkannt, nur in versteckter Form bei den Abstimmungen an den Schwurgerichten. Es wurde zuerst als reines Majoritätsproblem aufgefaßt, insoferne, als man in der Stellung alternativer Fragen an die Geschworenen

1) Ostern, a.a.O. Seite 18.

die Gefahr erblickte, daß ein Teil der Geschworenen nur das eine Glied der Alternative, ein anderer Teil das andere Glied und ein dritter Teil die Alternative als einheitliches Ganzes bejahte, sodaß keine Ansicht die erforderliche tatsächliche Mehrheit der Geschworenenstimmen erhielt. Auf diese Weise konnte auf Grund einer Scheinmajorität eine Verurteilung in Fällen zustande kommen, die bei eindeutiger Stellung der Schuldfrage nach den einzelnen Gliedern der Alternative mit Freispruch geendet hätten. Da aber der auf Grund der Fragestellung ergehende, wahldeutige Spruch der Geschworenen Grundlage für das Strafurteil war, verlagerte sich der Streit über die Zulässigkeit wahldeutiger Feststellungen auf das Schwurgerichtsurteil selbst und, weil zwischen diesem und den Strafurteilen anderer Gerichte kein Unterschied besteht, allgemein auf Strafurteile.

Die Strafprozeßordnungen der einzelnen deutschen Staaten[1]) haben, soweit überhaupt, nur zu dem Problem der alternativen Fragestellung an die Geschworenen Stellung genommen. So erklärt die württembergische Strafprozeßordnung von 1868 in Art. 371 unter „Umständen auch die alternative Fassung einer Frage für zulässig“ und in § 54 der sächsischen Strafprozeßordnung war bestimmt: „Fragen, in welche einzelne Tatumstände alternativ aufgenommen werden, sind nicht ausgeschlossen“.

Für die Praxis der deutschen Gerichte war die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals kennzeichnend, die ihrerseits auf dem Standpunkt des französischen Kassationsgerichtshofes fußte. Hiernach waren alternative Fragen nur in äußerst beschränktem Umfang zulässig, auf keinem Fall bezüglich verschiedener Gesetze, und selbst in diesen Grenzen widersprachen sich die Entscheidungen. Zur Ausarbeitung fester Grundsätze kam es nicht, es entstand vielmehr eine völlig unübersichtliche Kasuistik.

Die Wissenschaft begnügte sich im wesentlichen mit der Anführung und gelegentlichen Kritik der abgeurteilten Fälle.

1) vergleiche Näheres bei Nüse a.a.O. Seite 5 f.

3. Diesem unerfreulichen Zustand machte auch die Reichsstrafprozeßordnung v. 1. Frebruar 1877 kein Ende. Nach den „Materialien“ [1]) „durfte es der Entwurf nicht unternehmen, durch fest formulierte Vorschriften eine Streitfrage zu entscheiden, die in der Wissenschaft noch nicht zum Abschluß gelangt ist ... sodaß seine Aufgabe sich darauf zurückführte dem § 250 eine Fassung zu geben, durch welche die Stellung alternativer Fragen nicht ausgeschlossen wird.“

Aber auch in Zukunft sollten weder Wissenschaft noch Rechtsprechung zu einer Klärung der Streitfrage gelangen.

1. Das Reichsgericht setzte im wesentlichen die einschränkende Rechtsprechung des preußischen Obertribunals fort und arbeitete nur einige Grundsätze heraus, denen es in jahrzehntelanger Rechtsprechung treu blieb; Grundsätze die wir in RGSt. Bd. 3 S. 93 schon ebenso finden, wie in RGSt. Bd. 53 S. 231 oder Bd. 56 S. 61 usw. In der Uebergangsentscheidung der vereinigten Strafsenate v. 2. V. 34 hat es seinen grundsätzlichen Standpunkt zum letzten Male, wie folgt formuliert:[2]) „Wahlweise Feststellungen sind da zulässig, wo lediglich verschiedene Ausführungsarten ein und desselben Verbrechens oder Vergehens in Betracht kommen, die wenn sie gleich in verschiedenen Vorschriften untergebracht sind, doch keinen verschiedenen Tatbestand ergeben und vom Gesetz als gleichwertig angesehen werden. Sie sind unzulässig, wo verschiedene Tatbestände in Frage stehen, die in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung dergestalt von einander abweichen, daß der eine den andern ausschließt und abweichend von ihm zu beurteilen ist.“

Trotz dieser einheitlichen Grundsätze widersprachen sich jedoch die im Laufe der Zeit ergangenen Entscheidungen der einzelnen Senate[3]) und die unübersichtliche

1) Hahn, a.a.O. S. 225.
2) RG. in JW. 1934 S. 2050 = RGSt. Bd. 68 S. 257.
3) vergl. Nüse a.a.O. S. 15.

Kasuistik blieb bestehen,[1]) sodaß die Entscheidungen der Untergerichte stets in Schwebe standen.

2. Die wissenschaftliche Diskussion kam zunächst über den ablehnenden Standpunkt des Reichsgerichts im allgemeinen nicht hinaus. Bis zur Jahrhundertwende begnügte sie sich weiterhin fast ausschließlich mit der Kritik einzelner Entscheidungen, ohne zu dem Gesamtproblem Stellung zu nehmen.

Grundlegend für die ablehnende Haltung der Wissenschaft der Vorkriegszeit wurde die 1902 erschienene Dissertation Heinrich Osterns[2]), da hier zum ersten Male eine eingehende juristische und unbewußt auch weltanschauliche Begründung gegeben wurde. Obwohl die Reichsstrafprozeßordnung die Frage der Zulässigkeit von Wahlfeststellungen ausdrücklich offen lassen wollte, schloß Ostern[3]) im Wege positivistischer Gesetzesinterpretation aus dem Wortlaut (Einzahl!) des § 267 Abs. I und III der StPO., wonach die Urteilsgründe „die für erwiesen erachteten Tatsachen, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden", sowie „das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz" angeben müssen, die Unzulässigkeit der Wahlfeststellung zwischen verschiedenen Gesetzen. Weltanschaulich kam in seinem Werke der Geist des Liberalismus und Rationalismus zum Ausdruck, der in den Gesetzen und ihrer wörtlichen Innehaltung die sichersten Mittel zum Schutz des Einzelnen vor der Staatsmacht sah.

Nur aus dem Mißtrauen gegen die Staatsgewalt, das auf deren übermäßiges Anschwellen in der Zeit des Absolutismus beruhte, und dem Glauben, daß die formalen Gesetze zum Schutz des Individuums gegen den Staat bestimmt seien, ist es zu erklären, daß man einen zweifellos schuldigen Verbrecher, um der wörtlichen Einhaltung formeller Prozeßrechtsbestimmungen willen, wie das häufig

1) Eine Zusammenstellung der RG.-Urteile gibt Nüse a.a.O. S. 17 ff.

2) vergl. Literaturverzeichnis.

3) A.a.O.

geschah, der materiellen Gerechtigkeit entzog und ihn freisprach. Der Wissenschaft und Rechtsprechung ging so grundsätzlich das abstrakte Prinzip der allgemeinen Rechtssicherheit der Forderung nach materieller Gerechtigkeit im Einzelfall vor. Man dachte nicht daran, daß es genau so ungerecht ist, einen zweifellos Schuldigen freizusprechen, wie einen Unschuldigen zu bestrafen.

Gegenüber dieser Haltung konnten sich die vereinzelten Stimmen der Wissenschaft, die aus praktischen Erwägungen eine erweiterte Zulassung der Wahlfeststellungen forderten, nicht durchsetzen, denn nur durch Aufzeichnung und Ueberwindung der zugrunde liegenden Weltanschauung konnte der einengende, den Erfordernissen der Gerechtigkeit in keiner Weise genügende Standpunkt des Reichsgerichts und der herrschenden Meinung überwunden werden.

3. Rumpf, der sich schon 1912/13 in seinem „Strafrichter“[1]) für eine, wenn auch völlig unzureichend erweiterte Zulassung der Wahlfeststellungen einsetzte, war der erste, der auf die weltanschaulichen und geistigen Hintergründe der Streitfrage hinwies, ohne jedoch die notwendigen Folgerungen aus seinen Erkenntnissen zu ziehen. Immerhin fanden seine Vorschläge auf dem „Deutschen Richtertag 1913“ weitgehenden Widerhall.

Den eigentlichen Kampf für die unbeschränkte Zulässigkeit der Wahlfeststellungen führten RG-Rat Zeiler und Karl Heinz Nüse; der erstere schon seit der Vorkriegszeit auf Grund seiner reichen praktischen Erfahrungen durch eine Reihe von Abhandlungen in wissenschaftlichen Zeitschriften[2]), der letztere auf Zeiler fußend und von diesem unterstützt in der grundlegenden Arbeit „Das Problem der Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß“ aus dem Jahre 1933.[3]) Nüse hat zum ersten Male vom weltanschaulichen Standpunkt des Nationalsozialismus aus das überragende Interesse der Volksge-

1) Bd. II S. 213ff.
2) vergl. Literaturverzeichnis.
3) Heft 324 der strafrechtlichen Abhandlungen, S. 30ff., 40f.

meinschaft an der Bestrafung jedes Rechtsbrechers gegenüber dem individualistischen Interesse des Einzelnen an der genauen Bezeichnung seines Verbrechens dargelegt.[3])

Der Ansicht Zeilers traten im Laufe der Nachkriegszeit eine Reihe von namhaften Vertretern der Wissenschaft — wie von Hippel[1]), Grünhut[2]), Schaffstein[3]) u. a. — und der Rechtsprechung — Schneidewyn[4]), Ebermayer[4]), Wachinger[4]), der 1. Strafsenat des RG. — bei.

4. In dem versehentlich in der IW. 1934 S. 294ff. veröffentlichten Urteilsentwurf des 1. Strafsenats des RGs. wurden in Uebereinstimmung mit Nüse alle gegen die Zulässigkeit der Wahlfeststellungen vorgebrachten Bedenken schon für die Zeit vor Inkrafttreten des § 2b StGB. widerlegt und auf die zwingende Notwendigkeit alternativer Feststellungen in Strafurteilen hingewiesen.

Hiernach lag in der Zulassung von Wahlfeststellungen weder ein Verstoß gegen den in Art. 116 der Weimarer Verfassung niedergelegten Grundsatz, daß eine Handlung nur dann bestraft werden darf, wenn ihre Strafbarkeit gesetzlich bestimmt ist (nullum crimen sine lege), noch gegen den im früheren § 2 Abs. I. StGB. enthaltenen Grundsatz, daß die zu erkennende Strafe gesetzlich vorherbestimmt sein muß (nulla poena sine lege).

Die Strafbarkeit ist bei Wahlfeststellungen für jeden der in Betracht gezogenen gesetzlichen Tatbestände festgelegt und daß der Täter einen — unsicher welchen — dieser Tatbestände erfüllt hat, ist unerläßliche Voraussetzung für eine wahldeutige Verurteilung. Aber auch die Strafe war bei wahldeutiger Verurteilung schon früher gesetzlich insoferne vorausbestimmt, als sie nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ (§ 2 Abs. II StGB. a. F.) aus dem mildesten der in Frage stehenden Gesetze entnommen werden mußte.

---

1) Lehrbuch S. 73, Strafrecht II S. 44f., mit Hinweis auf von Dassels ungedr. Dissertation (1923).

2) vergl. Literaturverzeichnis.

3) Anmerkung in JW. 1934 S. 531f.

4) vergl. Anhang bei Nüse S. 69ff.

Den formalen Bedenken Osterns, daß nach § 267 StPO. die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden, sowie das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz angeben müssen, begegnete der 1. Strafsenat mit dem Hinweis, daß verfahrensrechtliche Vorschriften immer nur Mittel zur Durchsetzung des sachlichen Strafrechts, der materiellen Gerechtigkeit, sein dürfen; nie aber zu deren Behinderung dienen sollen. Diesem Erfordernis sei Genüge getan, wenn der Richter, falls eine eindeutige Aufklärung des Sachverhalts nicht möglich ist, darlegt, welche Strafgesetze als verletzt in Betracht kommen und in welchen Tatsachen er einen zweifelsfreien Verstoß gegen sie erblickt.

Gegen die Meinung, daß hierdurch die Rechtssicherheit des Angeklagten ungebührlich geschmälert und die Gefahr oberflächlicher Feststellungen begründet werde, wandte sich der 1. Strafsenat damit, daß die Gerichte gemäß §§ 155 Abs. II, 244 Abs. II StPO. zur sorgfältigsten Erforschung der Wahrheit verpflichtet seien und der Angeklagte das Recht der Anfechtung habe, falls sie dieser Pflicht nicht nachkommen sollten.

Im übrigen hielt er die Zulassung der Wahlfeststellungen schon aus praktischen Gründen für notwendig, da Fälle, in denen eine eindeutige Aufklärung des Sachverhalts unmöglich sei, in der Praxis sehr häufig vorkämen und die Gerichte sonst, wie bisher, vor der Wahl stünden, entweder den zweifellos schuldigen Angeklagten freizusprechen oder ihn entgegen ihrer eigenen Ueberzeugung eindeutig aus dem mildesten Gesetz zu verurteilen. Beides sei aber eines deutschen Richters unwürdig. —

2. Trotz der überzeugenden Darlegungen des 1. Strafsenats, der seinen Urteilsentwurf allerdings in JW. 1834, S. 366 als versehentlich veröffentlicht widerrief, konnten sich die vereinigten Strafsenate, als ihnen die Frage vorgelegt wurde, ob Wahlfeststellungen innerhalb der Grenzen der Tatidentität, die auch der 1. Strafsenat gewahrt wissen wollte, grundsätzlich unbeschränkt zulässig

seien in dem Beschluß vom 2. Mai 1934[1]) aus „Zweckmäßigkeitserwägungen“ nicht für die allgemeine Zulässigkeit entscheiden[2]). Sie blieben vielmehr grundsätzlich auf dem bisherigen, ablehnenden Standpunkt stehen und ließen Wahlfeststellungen zwischen verschiedenen Strafgesetzen nur ausnahmsweise für den praktisch allerdings wichtigsten Fall Diebstahl Hehlerei zu. Hierbei mußten sie anerkennen, daß der allgemeinen Zulassung der Wahlfeststellungen keine gesetzlichen Hindernisse entgegen stünden. Sie machten aber geltend, daß eine solche mit „Rücksicht auf die Sicherheit der Urteilsfindung und auf die Gerechtigkeit der Urteilswirkung“ nicht zweckmäßig erscheine. Das Hauptargument war hierbei, daß das Gewicht der geistigen Tätigkeit des Strafrichters bei Wahlfeststellungen von der bejahenden Feststellung eines bestimmten Tatbestandes auf die verneinende Feststellung verlagert würde, daß außer den in Betracht gezogenen strafbaren Möglichkeiten, keine weitere, nicht strafbare Möglichkeit bestehe. Dadurch werde die Gefahr einer Täuschung, eines Uebersehens erheblich vermehrt. Außerdem entbehre die alternativ gefaßte Urteilsformel der entschiedenen Stärke und Wucht, deren moralische Wirkung auf den Angeklagten und die Zuhörer nicht zu unterschätzen sei. Ferner belaste sie den Angeklagten durch Anführung von Möglichkeiten, hinter denen keine Wirklichkeit steht, zu unrecht mit einem öffentlich bescheinigten Verdacht. —

§ 3. Die derzeitige gesetzliche Regelung.

Wissenschaft und Rechtsprechung kamen so selbst in der jüngsten Zeit zu keiner befriedigenden Lösung

1) RG. 68, 257 = JW. 1934, 2049 f.

2) Desgleichen hat in der Literatur Oetker nocheinmal die grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit von Wahlfeststellungen zusammengefaßt und überzeugend dargelegt, daß in einer Reihe von Fällen (aus Nüse's Sammlung) der Richter nur aus übertriebener Zweifelsucht zu keiner (eindeutigen) Verurteilung kam; Oetker in „Der Gerichtssaal“ Bd. 106 S. 401 ff.

des Problems, obwohl die nationalsozialistische Revolution hierzu die notwendige, weltanschauliche Grundlage geschaffen hatte.

Ziel des Nationalsozialismus war es auch auf dem Gebiete des Rechts die individualistische und liberalistische Weltanschauung der vergangenen Epoche mit ihrem formalen Rechtsstaatsdenken durch eine artgemäße, völkische Weltanschauung zu ersetzen, die den Schutz der Volksgemeinschaft höher stellt, als die Sicherheit des Einzelnen und frei von übertriebenen formalen Bindungen den Erfordernissen der materiellen Gerechtigkeit genügt.

Seine Stellungnahme zu unserem Problem war auf Grund seiner weltanschaulichen Gesamthaltung klar.

Der Entwurf für das kommende deutsche Strafgesetzbuch sieht die unbeschränkte Zulassung der Wahlfeststellungen ausdrücklich vor[1]).

Wegen der Wichtigkeit und weltanschaulichen Bedeutung des Problems sollte aber schon das geltende Strafrecht in diesem Sinne ergänzt werden. Durch das Gesetz zur Aenderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839) und das Gesetz zur Aenderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 844) wurden dem Strafgesetzbuch und der Strafprozeßordnung folgende Bestimmungen eingefügt:

§ 2b StGB.: „Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen." § 267b StPO.: „Trifft das Gericht eine Wahlfeststellung (§ 2b des StGB.), so ist der Angeklagte in der Formel nur der Verletzung des anzuwendenden Strafgesetzes schuldig zu sprechen.

Die Urteilsgründe müssen angeben, welche Gesetze als verletzt in Betracht kommen. Die Tatsachen, die den Verstoß ergeben, sind festzustellen; es ist darzutun, weshalb eine eindeutige Feststellung nicht möglich ist.

1) vergl. Gürtner a.a.O. S. 215 f.

Sieht das Gericht entgegen einem in der Hauptverhandlung gestellten Antrage von einer Wahlfeststellung ab, so müssen die Gründe dafür dargelegt werden."

Wie wir sehen, hat sich der Gesetzgeber in der materiellrechtlichen Regelung der übereinstimmenden Forderung der Anhänger einer unumschränkten Zulässigkeit von Wahlfeststellungen angeschlossen.

Dagegen ist in der prozessualen Regelung bestimmt, daß die Urteilsformel nur die Verletzung des mildesten Gesetzes, aus dem tatsächlich die Strafe entnommen wird, aussprechen soll. Alle früheren Anhänger der Wahlfeststellungen, wie Zeiler[1]), von Dassel[2]), Nüse, Schwabe[3]), Niethammer[4]), Hubernagel[5]), Wachinger[6]), der 1. Strafsenat des RG.[7]) u. a., hatten statt dessen eine wahldeutige Fassung der Urteilsformel vorgesehen. Der Gesetzgeber hat hier sichtlich geglaubt, den Bedenken Rechnung tragen zu müssen, die von den Gegnern der Wahlfeststellungen, insbesond. von den vereinigten Strafsenaten in dem Beschluß vom 2. Mai 1934 (s. oben), bezüglich der „moralischen Wirkung des Urteilsspruches bei der Verkündung", sowie der „ungerechtfertigten Verdächtigung des Angeklagten, durch Anführung mehrerer Möglichkeiten, von denen nur eine Wirklichkeit sein kann", geltend gemacht wurden. Das geht deutlich aus den Amtlichen Begründungen zu den Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935, Seite 52, hervor.

Meines Ermessens ist diese Regelung ebenso unwahrhaft, wie unzweckmäßig.

Es hat keinen Sinn, den Zuhörern bei der Verkündung der Urteilsformel, um eine möglichst große moralische Wirkung zu erzielen, vorzuspiegeln, daß eine eindeutige Verurteilung erfolgte, während man bei der

1) DRZ. 1914, 547 f.
2) A.a.O. S. 175, 209.
3) A.a.O. S. 81.
4) DRZ. 1934, 170 f.
5) A.a.O. S. 331.
6) Anhang zu Nüse S. 75.
7) JW. 1934, 300.

Mitteilung der Gründe dann doch zugeben muß, daß die verschiedensten Möglichkeiten gegeben sein können und deshalb eine eindeutige Entscheidung unmöglich war. Auch der von den Gegnern der Wahlfeststellungen im Kampf um deren Zulassung übertriebene Einwand, daß der wahldeutig Verurteilte durch die Anführung der mehreren Möglichkeiten, die von der öffentlichen Meinung oft moralisch in der verschiedensten Weise bewertet werden, ungerechtfertigt öffentlich verdächtigt wird, kann die gegenwärtige gesetzliche Regelung nicht rechtfertigen, denn bei Verkündung des Urteils müssen in den Gründen doch die verschiedenen Möglichkeiten erörtert werden; im übrigen ist aber das Urteil, ebenso, wie die Strafliste, in die es eingetragen wird, der Oeffentlichkeit nicht zugänglich, sodaß eine sonstige öffentliche Verdächtigung kaum zu erwarten ist. Für die Behörden jedoch, die aus der Verurteilung später Folgerungen zu ziehen haben, ist es — auch im Interesse des Täters — wünschenswert und notwendig, sofort aus dem Urteilstenor oder der Strafliste erkennen zu können, daß eine Wahlfeststellung vorliegt und daher auch die Begehung des Delikts, wegen dessen der Täter bestraft wurde, nicht mit Sicherheit nachgewiesen ist. Das gilt insbesondere für die Feststellung von Rückfallvoraussetzungen u. a., vergl. unten § 10.

Wenn der Gesetzgeber einmal den Mut aufgebracht hat, wahldeutige Feststellungen von sittlich oft auf das verschiedenste zu bewertenden Tatbeständen zuzulassen, dann muß er sich zu diesen Feststellungen auch öffentlich bekennen. Die gegenwärtige Regelung, die durch eindeutige Fassung der Urteilsformel, die tatsächlich getroffene Wahlfeststellung zu verschleiern sucht, steht mit der von den Gerichten zu fordernden Wahrheitsliebe nicht im Einklang und ist ihrer unwürdig; auch wenn dies nur im Interesse des Angeklagten geschieht.

In der künftigen Strafprozeßordnung sollte daher, wie dies auch von fast allen Vorkämpfern der Wahlfeststellungen gedacht war, die wahldeutige Fassung der Urteilsformel angeordnet werden. —

II. Teil.

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Wahlfeststellungen nach § 2b StGB.

§ 4. Die verschiedenen Möglichkeiten wahldeutiger Feststellungen.

Bevor wir die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Wahlfeststellungen näher prüfen, erscheint es zur Gewinnung einer Uebersicht zweckmäßig, die verschiedenen tatsächlichen Möglichkeiten wahlweiser Feststellungen aufzuzeigen und nach Gruppen zu gliedern. Als Einteilungsgrundsätze sollen hierbei die Ein- oder Vielzahl der in Frage stehenden historischen Ereignisse i. S. des § 264 StPO. bezw. der Ein- oder Verschiedenheit der in Betracht kommenden Strafgesetze dienen. Hiernach lassen sich folgende Gruppen unterscheiden[1]):

1. Es liegt eine Tat im Sinne eines einheitlichen, historischen Vorganges und es ist zweifelhaft gegen welches von mehreren Strafgesetzen sie verstößt.

Das praktisch wichtigste Beispiel ist die Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei, wie sie schon in der Entscheidung RG. 68, 257 für zulässig erklärt worden ist. Auch Fälle, wie Diebstahl-Unterschlagung, Unterschlagung-Betrug, Untreue-Unterschlagung usw. gehören hierher. Im einzelnen kann auf die in § 1 angeführten Beispiele verwiesen werden. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen der Sachverhalt so wenig aufgeklärt ist, daß zwar ein Verstoß gegen die Strafrechtsordnung feststeht, im einzelnen jedoch 3 oder 4 Strafgesetze möglicherweise durch die Tat verletzt worden sind.

Der Richter ist z. B. davon überzeugt, daß der Angeklagte eine bestimmte Sache rechtswidrig durch strafbare Handlung erlangt hat. Auf Grund der Beweisauf-

1) vergl. Gürtner a.a.O. S. 215f.

nahme steht jedoch nicht mit Sicherheit fest, ob durch Betrug, Untreue oder Unterschlagung.

Solche Fälle werden aber in der Praxis sehr selten sein. Bei einem so wenig aufgeklärten Sachverhalt ist meist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß der Angeklagte die Sache auf redliche Weise erworben hat und deshalb Freispruch erfolgen muß, vergl. unten § 5.

2. Es liegen mehrere Taten im strafprozessualen Sinn vor, von denen jede den Verstoß gegen das gleiche Strafgesetz begründet, ohne daß festgestellt werden kann, durch welche der Verstoß tatsächlich herbeigeführt wurde.

Beispiel: Der Angeklagte hat bei seiner eidlichen Vernehmung in der 1. Instanz das gerade Gegenteil von dem ausgesagt, was er später im 2. Rechtszug ebenfalls unter Eid bekundete. Fahrlässigkeit kommt nach der Art der Aussage nicht in Frage.

Der Angeklagte muß hier des Meineids schuldig gesprochen werden. Fraglich ist nur, ob das Urteil überhaupt unter § 2b StGB. fällt; vergl. näheres unter § 6I.

3. Es liegen mehrere Taten i. S. des § 264 StPO. vor, die gegen verschiedene Strafgesetze verstoßen haben können; ungewiß ist jedoch, a) welche von den mehreren, eindeutig strafbaren Handlungen tatsächlich begangen wurde oder b) durch welche von den mehreren, tatsächlich begangenen Handlungen die Rechtsordnung verletzt worden ist.

Beispiele: a) Ein volljähriges Mädchen behauptet einem Dritten gegenüber sie habe vor kurzen mit ihrem Vater Geschlechtsverkehr gehabt. Der Vater hat wegen Verleumdung Strafantrag gestellt, der Staatsanwalt wegen Blutschande öffentliche Klage erhoben. In der Hauptverhandlung kann nicht festgestellt werden, ob die Behauptung des Mädchens wahr oder unwahr ist[1]).

1) Das Beispiel stammt von Schäfer, JW. 1935, 2326 und hat sich tatsächlich zugetragen; Potsdamer Fall. Ein ähnliches Beispiel bringt der Olshausen-Nachtrag S. 32, in dem sich der Täter entweder der falschen Anschuldigung oder der Beamtenbestechung schuldig gemacht hat.

Hier stehen einander verschiedene Handlungen i. S. des § 264 StPO. gegenüber — der verbotene Geschlechtsverkehr und die späteren Angaben darüber bei Dritten —, von denen jede nach verschiedenen Gesetzen, entweder als Blutschande nach § 173 StGB. oder als Verleumdung gemäß §§ 187, 194 StGB. strafbar ist. Daß das Mädchen eine dieser Taten begangen hat, ist sicher, fraglich welche. b) Der Angeklagte sagte unter Eid das Gegenteil von dem aus, was er einige Monate vorher in einem anderen Verfahren an Eidesstatt versichert hatte. Was wahr ist, kann nicht geklärt werden. Fahrlässigkeit scheidet nach Sachlage aus.

Der Täter hat sich hier zweifellos durch eine der beiden in Frage stehenden Handlungen entweder der vorsätzlichen, falschen, eidesstattlichen Versicherung oder des Meineids schuldig gemacht. Welche der beiden Handlungen tatsächlich den Verstoß gegen die Rechtsordnung herbeiführte, läßt sich jedoch nicht feststellen.

Ob in diesen Fällen eine wahldeutige Verurteilung gemäß §§ 2b StGB., 267 b StPO. zulässig ist, wird ebenso, wie in den Fällen, die unter Ziffer 2 fallen, wegen des Mangels an Tatidentität (§ 264 StPO.) im Schrifttum bezweifelt. Nähere Ausführungen zu dieser Frage finden sich unten in § 8.

§ 5. Der staatliche Strafanspruch; (Rechtsanalogie).

I. Unerläßliche Voraussetzung für eine Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung ist, wie für jede strafrechtliche Verurteilung, das Vorhandensein eines staatlichen Strafanspruchs. Dieser öffentlichrechtliche Anspruch leitet sich bei eindeutiger Verurteilung regelmäßig aus der Verletzung einer bestimmten materiellrechtlichen Strafnorm ab oder bei Verurteilung kraft Analogie zum mindesten aus der Verletzung des Grundgedankens eines bestimmten Strafgesetzes, § 2 StGB. Bei wahldeutiger Verurteilung steht dagegen die Verletzung eines bestimmten Strafgesetzes oder des Grundgedankens eines solchen nicht fest, da der Richter verschiedene Möglichkeiten des

Tatherganges in Betracht zieht, ohne sich mit Sicherheit für eine bestimmte entscheiden zu können. Jede der vom Richter erwogenen Möglichkeiten muß jedoch im Falle ihrer eindeutigen Bejahung einen bestimmten, staatlichen Strafanspruch auslösen, dessen Verwirklichung im Augenblick der Fällung des wahldeutigen Urteils keine materiellrechtlichen oder strafprozessualen Hindernisse entgegenstehen. Ist das nicht der Fall, so muß nach dem Grundsatz „in dubio pro reo" Freispruch erfolgen, da der Täter gerade diese, nicht strafbare Möglichkeit verwirklicht haben kann.

Der Richter hat daher grundsätzlich zuerst zu prüfen ob nicht eine Möglichkeit des Tathergangs gegeben ist, aus der kein staatlicher Strafanspruch gegen den Täter erwachsen würde. Will er z. B. eine Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei treffen, so muß er erst feststellen, daß es nach der Sachlage völlig ausgeschlossen ist, daß der Angeklagte den etwa bei ihm vorgefundenen, einem anderen entwendeten Gegenstand auf redliche Weise erworben hat. Bestehen in dieser Hinsicht Zweifel, so ist der Angeklagte nach dem Grundsatz „in dubio pro reo" freizusprechen.

Das Reichsgericht hat aus dieser „negativen Tätigkeit des Richters", die darauf hinausläuft alle straffreien Möglichkeiten des Tatherganges zu verneinen, in neuerer Zeit seine Hauptbedenken gegen die unbeschränkte Zulässigkeit der Wahlfeststellungen hergeleitet, vergl. RG. 68, 257.

Die Tätigkeit des Strafrichters bei Wahlfeststellungen erschöpft sich jedoch nicht in der verneinenden Feststellung, daß außer den strafbaren Möglichkeiten keine straffreie gegeben ist, sondern er muß den staatlichen Strafanspruch für jede der ihm vorschwebenden auch juristisch eindeutig kennzeichnen. Der Gesetzgeber schreibt in § 267 StPO. ausdrücklich vor, daß die Urteilsgründe nicht nur „die Tatsachen, die den Ver-

stoß ergeben", sondern auch die Gesetze, „welche als verletzt in Betracht kommen" angeben müssen.

II. Da nach dem durch die Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 neu gefaßten § 2 StGB. ein staatlicher Strafanspruch nicht nur dann gegeben ist, wenn ein bestimmtes Strafgesetz verletzt ist, sondern auch, wenn der Täter nur gegen den Grundgedanken eines solchen verstoßen hat und das gesunde Volksempfinden deswegeu seine Bestrafung erheischt (analoge Strafrechtsanwendung), ist grundsätzlich die Wahlfeststellung auch zwischen einem bestimmten Strafgesetz und einem nur entsprechend anzuwendenden zulässig. Der Wortlaut des § 2 b StGB., wonach feststehen muß, daß der Täter gegen eines von mehreren „Strafgesetzen" verstoßen hat, steht dem nicht entgegen. Der Gesetzgeber wollte hiermit nur den Normalfall der Wahlfeststellungen regeln, ohne dadurch die wohl äußerst seltenen Fälle von Wahlfeststellungen zwischen einem bestimmten Strafgesetz und einem nur analog angewandten auszuschließen. Es ist nicht anzunehmen, daß er diese Fassung, des § 2b StGB. in der Absicht gewählt hat, Wahlfeststellungen von nur entsprechend angewandten Strafgesetzen etwa wegen der besonders großen Unbestimmtheit und Unsicherheit solcher Verurteilungen grundsätzlich zu verhindern.

Wenn wir davon ausgehen, daß der Gesetzgeber gerade durch die Zulassung der Rechtsanalogie und der Wahlfeststellungen die letzten Maschen des Strafrechts schließen und die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs in allen Fällen, wo das gesunde Volksempfinden die Bestrafung des Täters fordert, sicher stellen wollte, dann müssen wir sogar die Zulässigkeit von Wahlfeststellungen zwischen mehreren, nur entsprechend angewandten Strafgesetzen grundsätzlich bejahen. In der Praxis werden aber solche, völlig unsichere Fälle wohl kaum vorkommen.

In allen diesen Fällen darf es sich jedoch nur um eine Wahlfeststellung zwischen „mehreren" Strafgesetzen im Sinne von verschiedenen Strafgesetzen handeln,

vergl. auch unten § 6. Denn bei der analogen Rechtsanwendung ist der nach dem gesunden Volksempfinden strafbare Verstoß gegen den Grundgedanken eines Strafgesetzes dem Verstoß gegen dieses Strafgesetz selbst gleichzusetzen, § 2 Satz 2 StGB. Hiernach fällt die — an sich mögliche — Wahlfeststellung zwischen der Verletzung eines bestimmten Strafgesetzes und dem Grundgedanken des gleichen Gesetzes nicht unter § 2b StGB., da dieser die wahldeutige Feststellung zwischen verschiedenen Strafgesetzen zum Gegenstand hat, die normaler Weise auch verschiedene Straffolgen zeitigen. Gleichwohl muß eine solche Wahlfeststellung für zulässig erachtet werden, weil sie viel weniger einschneidend ist, als die in § 2b StGB. geregelte Wahlfeststellung zwischen verschiedenen Strafgesetzen.

III. Wie für jede Verurteilung, so ist auch für eine solche auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung weitere Voraussetzung, daß der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs im Augenblick der Urteilsfällung keine materiellrechtlichen oder strafprozessualen Hindernisse entgegen stehen. Da bei wahldeutiger Verurteilung für jede der in Betracht gezogenen Möglichkeiten ein staatlicher Strafanspruch bestehen muß, ist der Täter schon dann freizusprechen, wenn im Augenblick der Urteilsfällung der Verwirklichung nur eines dieser Ansprüche ein gesetzlich festgelegtes, rechtliches Hemmnis entgegensteht.

Fehlt etwa in dem Fall, daß ein zwanzigjähriges Mädchen Dritten gegenüber behauptet, sie habe mit ihrem Vater Geschlechtsverkehr gehabt, der Strafantrag des Vaters, so kann es nicht wahldeutig wegen Blutschande oder Verleumdung verurteilt werden, falls ungewiß ist, ob seine Angaben auf Wahrheit beruhen. Denn auch, wenn eindeutig feststünde, daß diese Angaben frei erfunden sind, könnte wegen des fehlenden Strafantrags keine Verurteilung wegen Verleumdung erfolgen, §§ 194 StGB, 260 III StPO. Es besteht aber bei der Unaufgeklärtheit des Sachverhalts die Möglichkeit, daß gerade diese Alternative zutrifft.

Desgleichen kann z. B. eine wahldeutige Verurteilung dann nicht erfolgen, wenn das eine der in Betracht gezogenen Delikte entweder wegen Ungleichzeitigkeit der Begehung oder Ungleichheit der Verjährungsfristen verjährt ist, oder, wenn es im Ausland begangen wurde und gemäß §§ 3f. StGB. im Inland nicht verfolgt werden kann oder, wenn die eine, von mehreren in Frage stehenden Handlungen zur Zeit der Begehung noch nicht strafbar war . . .

Diese Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Eine erschöpfende Aufzählung ist nicht möglich. Im Einzelfall wird es jedoch immer ein leichtes sein festzustellen, wann der Verwirklichung des Strafanspruchs nach einer Alternative ein rechtliches Hindernis entgegensteht. Man braucht sich nur zu fragen, ob dies bei eindeutiger Bejahung der Alternative der Fall wäre. —

§ 6. Der Verstoß gegen verschiedene Strafgesetze.

I. Bei Erörterung der verschiedenen Möglichkeiten wahldeutiger Feststellungen haben wir in § 4 Ziffer 2 den Fall erwähnt, daß ein Angeklagter, der in zwei verschiedenen Prozessen über den gleichen Vorfall als Zeuge vernommen wurde, unter Eid völlig entgegengesetzte Aussagen machte, ohne daß festgestellt werden konnte, welche Aussage der Wahrheit entspricht und durch welche er sich der zweifellos vorliegenden Eidesverletzung schuldig machte. Das Reichsgericht und die herrschende Meinung vor dem Kriege haben in diesem Falle eine Verurteilung des Täters wegen Meineids bezw. die alternative Fragestellung an die Geschworenen für unzulässig erachtet[1]). Daß der Angeklagte nach der heutigen Rechtsanschauung, wenn er wissentlich gehandelt hat, wegen Meineids bestraft werden muß, ist sicher; fraglich bleibt nur, ob ein derartiges Urteil unter die §§ 2b StGB. 267b StPO. fällt.

Es handelt sich um einen Fall der sogenannten „reinen Tatsachenalternativität“[2]). Diese liegt im-

1) RG. 26, 155; Ostern S. 57, 60.

2) Diese Bezeichnung stammt von Rumpf.

mer dann vor, wenn der Verstoß gegen ein bestimmtes Strafgesetz mit Sicherheit feststeht und nur fraglich ist, durch welche von mehreren Handlungen er herbeigeführt wurde.

Für echte Wahlfeststellungen im Sinne des § 2b StGB. ist aber kennzeichnend, daß verschiedene Strafgesetze in Frage stehen müssen. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 2b StGB., der von einem Verstoß „gegen eines von mehreren Strafgesetzen" spricht. Auch in § 267b StPO. ist bestimmt, daß die Urteilsgründe dartun müssen, welche „Gesetze (Mehrzahl!) als verletzt in Betracht kommen".

Die Fälle der reinen Tatsachenalternativität können demnach nicht unter § 2b StGB. eingeordnet werden. Alle die Bedenken, die gegen die Zulässigkeit der Wahlfeststellungen wegen der Verschiedenheit der Ausführungsformen der in Frage stehenden Taten, ihrer oft weit differierenden sittlichen Bewertung in der Volksanschauung der Verschiedenartigkeit der angedrohten Strafen, der Unsicherheit und geringen Wirkungskraft des Urteilsspruches usw. geltend gemacht wurden und zur Einfügung der §§ 2b StGB., 267b StPO. führten, treffen auf sie nicht zu. Es handelt sich vielmehr bei ihnen allein um Fragen der Tatidentität (§ 264 StPO.) die, wie wir unten sehen werden[1]) durch §§ 2b StGB. 267b StPO. nicht berührt werden.

Die „Amtlichen Begründungen zu den Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935" [2]) führen deshalb mit Recht aus: „Nicht getroffen vom Entwurf werden die Fälle, in denen ein bestimmtes Strafgesetz durch eine von mehreren Handlungen verletzt ist, in denen sich aber nicht feststellen läßt, durch welche dieser Handlungen dies geschehen ist. Daß in solchen Fällen nicht Freispruch erfolgen darf, bedarf keiner Begründung, aber in ihnen dürfte der Richter auch ohne ausdrückliche, gesetzliche Bestimmung zu einer Verurteilung gelangen".

1) vergl. § 8.
2) A.a.O. S. 32.

Da die Fälle der reinen Tatsachenalternativität keine Wahlfeststellungen i. S. des § 2b StGB. darstellen, findet auf sie auch § 267b StPO. keine Anwendung. Ferner brauchen Urteile, die auf solchen Feststellungen beruhen, nicht dem Reichsminister der Justiz mitgeteilt werden[1]) und auch die Folgerungen, die wir in § 10 der Arbeit aus wahldeutigen Verurteilungen ziehen werden, treffen auf sie nicht zu. Sie sind daher in ihrer rechtlichen Behandlung von eindeutigen Urteilen nicht zu unterscheiden.

II. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu prüfen, ob eine Wahlfeststellung i. S. des § 2b StGB. getroffen werden darf, wenn der tatsächliche Vorgang, der den Gegenstand der Urteilsfindung bildet, eindeutig festliegt und nur Zweifel darüber bestehen, welches Strafgesetz zur Anwendung kommen muß, wenn also das Gericht rein rechtliche Zweifel hat.

1. Nach dem Wortlaut des § 2b StGB. wäre auch in solchen Fällen eine Wahlfeststellung zulässig. Allein eine nur wörtliche Gesetzesauslegung kann nie zum Ziele führen. Wir müssen vielmehr immer vom Sinn und Zweck der betreffenden Bestimmung ausgehen.

Dieser Sinn geht in § 2b StGB. nach seiner ganzen Vorgeschichte dahin, dem Richter zur Verhütung ungerechtfertigter Freisprüche die Möglichkeit der Wahlfeststellung nur dann zu geben, wenn keine andere Verurteilung möglich ist[2]). Die eindeutige Verurteilung hat wegen ihrer größeren Sicherheit immer den Vorzug. Die Wahlfeststellung soll ihrem ganzen Wesen nach nur letztes Behelfsmittel sein, das nur im äußersten Fall anzuwenden ist. Auf keinem Fall darf sie dazu mißbraucht werden, dem Richter seine Arbeit zu erleichtern, ihn von einer manchmal schwierigen, aber möglichen eindeutigen Entscheidung zu befreien. Der Gesetzgeber geht aber davon aus, daß dem rechtlichen Erkenntnis- und Zuordnungsvermögen des Menschen grundsätzlich keine Grenzen gesetzt sind. Der Richter muß sich daher in allen Fällen, wo die

1) vergl. Mitteilungen in Strafsachen: § 9a.
2) vergl. Amtliche Begründungen S. 30.

rechtliche Beurteilung der Tat zweifelhaft ist, zu einer eindeutigen Entscheidung durchringen.

Steht z. B. fest, daß der Täter zu einer Sache im Zeitpunkt der rechtswidrigen Aneignung in einem bestimmten tatsächlichen Verhältnis stand und ist sich der Richter nicht darüber im klaren, ob er hierin einen Gewahrsam des Täters oder noch fremden Gewahrsam erblicken soll, so ist eine Wahlfeststellung zwischen Unterschlagung und Diebstahl nicht zulässig. Der Richter muß sich vielmehr durch Gesetzes- bezw. Begriffsauslegung für eine eindeutige Verurteilung entscheiden, selbst auf die Gefahr hin, daß sie falsch ist und von dem Obergericht aufgehoben wird.

Gleicher Ansicht ist Grünhut, der ausführt[1]). „Die Rechtsfrage ist ihrer Idee nach stets einer eindeutigen Lösung fähig und bedürftig. Sie läßt für Zweifel weder im Sinne eines „in dubio pro reo", noch einer etwa zulässigen Alternativität Raum".

Ferner von Kries, a.a.O. S. 590, und von Bar, a.a.O. S. 202; letzterer allerdings mit der verfehlten Begründung, daß bei alternativer Subsumtion eines eindeutig bestimmten Tatbestandes unter verschiedene Strafgesetze weder das eine, noch das andere Strafgesetz angewendet werde, sondern ein neuer, nicht vorhandener Verbrechensbegriff von dem Urteilenden geschaffen und eine angebliche Gesetzeslücke ausgefüllt werde[2]).

Grundsätzlicher gegenteiliger Ansicht ist aus praktischen Erwägungen nur Ostern, a.a.O. S. 64f. —

2. Bei den bisherigen Erörterungen sind wir davon ausgegangen, daß der Einzelrichter zu entscheiden hat und sich über die rechtliche Subsumtion des eindeutigen Tatbestandes nicht klar wird. Dieser muß in einem solchen Fall eindeutig entscheiden, weil er eindeutig entscheiden kann. Dagegen können bei Kollegialgerichten dann unlösliche Schwierigkeiten entstehen, wenn die Richter den festgestellten, gleichen Tatbestand rechtlich ver-

1) A.a.O. S. 334.

2) vergl. v. Bar in GA. XV, 574f.

schieden beurteilen und sich hierbei nicht einig werden. Grundsätzlich muß auch bei Kollegialgerichten im Wege der Debatte und des gegenseitigen Ueberzeugens versucht werden, die nach § 263 StPO. für die Beantwortung der Schuldfrage erforderliche $^2/_3$-Mehrheit durch eindeutige Feststellung der Verletzung eines bestimmten Strafgesetzes zu erlangen. Da das formale Abstimmungsprinzip des § 197 GVG. in der Praxis immer mehr dem Prinzip einer verantwortlichen Beratung des Vorsitzenden weichen wird und die eigentlichen Abstimmungsgerichte, die Schwurgerichte alter Form auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 8. XII. 23 durch VO. des JM. Emminger vom 4. I. 24 beseitigt wurden, dürften künftig Majoritätsschwierigkeiten allerdings selten mehr vorkommen. Kann jedoch einmal ausnahmsweise bei einem Kollegialgericht die für die eindeutige Bejahung der Schuldfrage erforderliche $^2/_3$-Mehrheit wegen juristischer Meinungsverschiedenheiten nicht erreicht werden, so halte ich eine wahldeutige Verurteilung ebenso für zulässig, wie wenn sich die Meinungsverschiedenheit der Gerichtsmitglieder auf den Tathergang beziehen würde. Hielte man in diesem Fall die Anwendung des § 2b StGB. nicht für zulässig, so müßte der nach der übereinstimmenden Ansicht der Gerichtsmitglieder zweifellos schuldige Verbrecher gemäß § 263 StPO. (§ 196 III GVG.) freigesprochen werden, was dem durch die Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 deutlich geoffenbarten Willen des Gesetzgebers widerspräche. § 267b StPO. wäre in diesem Fall mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, daß der Urteilsfertiger die verschiedenen, juristischen Meinungen darlegt und angibt, daß eine eindeutige Feststellung wegen der mangelnden Stimmenmehrheit nicht möglich war. —

III. Es sei ferner noch kurz die Frage erörtert, ob Wahlfeststellungen zulässig sind, wenn widersprechende Sachverständigengutachten den Verstoß gegen verschiedene Strafgesetze als möglich erscheinen lassen.

Kann z. B. eine Wahlfeststellung zwischen Kindes-

tötung (§ 217 StGB.) und Abtreibung (218 StGB.) getroffen werden, wenn sich die medizinischen Sachverständigen nicht darüber einig sind, ob das Kind von der Mutter während der Geburt oder schon im Mutterleib getötet wurde?

Graf zu Dohna bejaht dies: Grünhut verneint es (wenigstens für das frühere Recht).

Grundsätzlich wird sich der Richter in solchen Fällen auf Grund von Obergutachten eindeutig entscheiden müssen.

Bei Beurteilung der Frage, ob in Ausnahmefällen auf Grund widersprechender Sachverständigengutachten Wahlfeststellungen zulässig sind, ist von der Tätigkeit des Sachverständigen als Hilfsorgan des Gerichts auszugehen. Dieser hat immer entweder Tatsachen festzustellen, deren Ermittlung besondere Sachkunde erfordert (Beobachtung des Täters in einer Irrenanstalt zur Feststellung einer Geisteskrankheit), oder auf Grund dieser Sachkunde eigene und fremde Wahrnehmungen zu beurteilen, also aus Tatsachen Schlüsse zu ziehen.

Nach unseren bisherigen Erörterungen kann kein Zweifel darüber bestehen, daß Wahlfeststellungen immer dann zulässig sind, wenn sich die Sachverständigen, wie im obigen Beispiel, über reine Tatsachen nicht einig werden können und jede ihrer verschiedenen Annahmen eine Verurteilung nach verschiedenen Strafgesetzen zur Folge haben würde. Desgleichen sind Wahlfeststellungen als zulässig zu erachten, wenn die Sachverständigen auf außerjuristischem Gebiet auf Grund ihrer besonderen Sachkunde Schlüsse ziehen, etwa aus vorhandenen Anhaltspunkten auf einen bestimmten Tatsachenablauf, wie dies häufig Kraftfahrzeugsachverständige bei Verkehrsunfällen tun.

Dagegen sind nach dem Ergebnis der Erörterungen unter IIa bei verschiedenen juristischen Gutachten — etwa über rechtliche Spezialgebiete oder über ausländisches Recht — keine Wahlfeststellungen zulässig. Desgleichen dürfen solche nicht getroffen werden, wenn der Sachverhalt eindeutig feststeht und unter den Sachverständigen nur darüber Streit herrscht, ob er unter einen bestimmten,

in den Tatbestand des Gesetzes aufgenommenen Begriff fällt. Die Einordnung eines feststehenden Tatbestandes unter das Gesetz hat der Richter immer eindeutig vorzunehmen.

§ 7. Wann liegt ein Verstoß gegen verschiedene Strafgesetze vor?

I. Alternative und kumulative Mischgesetze. In dem vorgehenden Paragraphen wurde festgestellt, daß Wahlfeststellungen gemäß §§ 2 b StGB., 267 b StPO. nur dann zulässig sind, wenn ein Verstoß gegen mehrere d. h. verschiedene Strafgesetze in Frage steht. Wann das der Fall ist, läßt sich bei der derzeitigen Fassung unseres Strafgesetzbuches manchmal schwer feststellen. Dieses enthält eine Reihe von Bestimmungen, in denen zur Kennzeichnung des selben Verbrechenstatbestandes aus sprachlichen Gründen verschiedene Ausdrücke nebeneinander (durch „oder" verbunden) verwendet werden, oder, in denen verschiedene, gleichwertige Spielarten des selben Verbrechens alternativ nebeneinander bezeichnet sind. Andererseits finden wir in ihm aber auch völlig verschiedene Verbrechen unter der gleichen Strafdrohung alternativ in einem Paragraphen zusammengefaßt. Wir nennen derartige mehrgliedrige Tatbestände „Mischtatbestände", die Gesetze „Mischgesetze". Im ersten Fall sprechen wir von „unselbständigen Mißtatbeständen"[1]) oder „alternativen Mischgesetzen"[2]), im letzteren von „selbständigen Mischtatbeständen"[1]) oder „kumulativen Mischgesetzen"[2]).

Um zu erkennen, wann ein alternatives oder ein kumulatives Mischgesetz vorliegt, erscheint es zweckmäßig auf den Verbrechensbegriff selbst zurückzugreifen. Jedes Verbrechen enthält den Verstoß gegen eine Norm d. h. gegen einen von der Rechtsordnung ausgesprochenen Befehl bestimmten Verhaltens[3]). Diese Norm ist im gesetzlichen Tatbestand nicht direkt ausgesprochen, son-

1) Köhler, Lehrb. S. 182.
2) Wertheimer S. 3, Mezger S. 195.
3) vergl. Binding a.a.O.

dern es muß auf sie daraus, daß die Verwirklichung des Tatbestandes mit Strafe bedroht ist, zurückgeschlossen werden. Sie stellt meist nicht nur einen bindenden Rechtsbefehl dar, sondern ist gleichzeitig ein Gebot des Sitten- und Moralgesetzes, das sich in dem „gesunden Volksempfinden“ (§ 2 StGB.) offenbart und daher unschwer zu erkennen. So enthält § 242 StGB. das Gebot „Du sollst nicht stehlen“, § 212 StGB. das Gebot „Du sollst nicht töten“. Die gleiche Norm kommt aber oft in mehreren, selbständigen Straftatbeständen zum Ausdruck, so das Verbot des Stehlens in §§ 242, 243, 248a, 370 Nr. 5, das Verbot des Tötens in §§ 212, 211, 216, 222 StGB. usw. In diesen Fällen handelt es sich trotzdem um verschiedene Strafgesetze im technischen Sinn. Hiernach spricht die Gleichheit der Norm nicht unbedingt für die Gleichheit der Strafgesetze; dagegen ist die Verschiedenheit der Norm immer ein sicheres Zeichen für die Verschiedenheit der Strafgesetze, selbst wenn diese aus irgendwelchen Gründen in einem Paragraphen unter einheitlicher Strafdrohung zusammengefaßt sind.

Das Abstellen auf die Verschiedenheit der Normen bildet daher m. E. ein wesentliches, wenn auch nur grobes Mittel zur Unterscheidung von alternativen und kumulativen Mischgesetzen [1]).

Enthält ein Mischtatbestand verschiedene Normen d. h. verschiedene rechtliche und meist zugleich auch sittliche Gebote, so liegen verschiedene Verbrechen und damit auch verschiedene Strafgesetze im Sinne des § 2b StGB. vor. Es handelt sich dann um ein kumulatives Mischgesetz.

Enthält ein Mischtatbestand in seinen verschiedenen Alternativen die gleiche Norm, so handelt es sich nur um ein Verbrechen, ein Strafgesetz i. S. des § 2b StGB.

---

1) Wertheimer, a.a.O. S. 6, bestreitet, daß sich für diese Unterscheidung ein einheitliches Prinzip aufstellen läßt. Köhler, Grenzlinien § 10 S. 54 erblickt dieses in der Einheitlichkeit bezw. Verschiedenartigkeit des Vorsatzes und Erfolges, wodurch Wertheimer widerlegt sein dürfte.

Es liegt also ein alternatives Mischgesetz vor. Einige Beispiele mögen dies veranschaulichen:

1. § 257 StGB. lautet:

„Wer nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Täter oder Teilnehmer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, ist wegen Begünstigung .. zu bestrafen . . .".

In diesen beiden Fällen der einerseits persönlichen andererseits sachlichen Begünstigung kommen zwei verschiedene Normen zum Ausdruck, einerseits, daß der Rechtsbrecher nicht vor der strafenden Staatsgewalt in Schutz genommen werden darf (Verbot der Vereitelung des staatlichen Strafanspruches), andererseits, daß der durch die Vortat herbeigeführte, rechtswidrige Vermögensstand des Täters nicht gesichert, der Geschädigte an der Rückerlangung seines Vermögens nicht gehindert werden darf. Hiernach haben wir es mit einem kumulativen Mischgesetz zu tun.

Gleicher Auffassung sind:

Wertheimer a.a.O. S. 54; Frank-Kommentar, § 257 StGB. Anmerkung I; Binding a.a.O. Bd. II S. 565.

Andere, bei Frank angeführte Rechtslehrer und das Reichsgericht sehen in der angeführten Bestimmung ein alternatives Mischgesetz, da in beiden Fällen ein verbotener Angriff gegen die staatliche Rechtspflege vorliege. Es ist anzunehmen, daß sich das RG. auf diesen Standpunkt nur bisher stellte, um die sonst nach seiner früheren Rechtsprechung unzulässige Wahlfeststellung zwischen der persönlichen und sachlichen Begünstigung des § 257 StGB. zulassen zu können, vergl. RG. 58, 293.

2. In § 175 StGB. a. F. war alternativ die widernatürliche Unzucht zwischen Männern und die Unzucht zwischen Menschen und Tieren unter Strafe gestellt. Es handelte sich hier, rechtlich und sittlich gesehen, zweifellos um zwei verschiedene Normen, weshalb § 175 StGB. a.F. als kumulatives Mischgesetz anzusprechen war.

3. Nach § 259 StGB. ist wegen Sachhehlerei strafbar," wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei anderen mitwirkt".

In all den, in § 259 StGB. erwähnten Fällen richtet sich das Tun des Rechtsbrechers gegen die einheitliche Norm, daß niemand um seines eigenen Vorteils willen den durch strafbare Handlung geschaffenen, rechtswidrigen Vermögensstand sichern und die Wiederherstellung des alten Zustandes vereiteln oder erschweren dürfe.

Die alternative aneinandergereihten Tatbestandsmerkmale sind alle nur Spielarten desselben Delikts. Es handelt sich um einen unselbständigen Mischtatbestand, ein alternatives Mischgesetz.

Die angeführten Beispiele ließen sich häufen. Eine eingehende Untersuchung, wann im geltenden Strafgesetzbuch alternative oder kumulative Mischgesetze anzutreffen sind, gibt Wertheimer a.a.O. S. 24 bis 68.

Wie wir eingangs erläutert haben, handelt es sich bei den alternativen Mischgesetzen jeweils um ein einheitliches Gesetz, während in den kumulativen Mischgesetzen mehrere, rechtlich und sittlich verschiedene Strafgesetze enthalten sind. Da nach unseren Erörterungen unter § 6 Wahlfeststellungen gemäß §§ 2b StGB., 267b StPO. nur zwischen verschiedenen Strafgesetzen zulässig sind, steht fest, daß jene uneigentlichen Wahlfeststellungen, in denen die verschiedenen Alternativen eines unselbständigen Mischtatbestandes (alternativen Mischgesetzes) in Frage stehen, nicht unter §§ 2b StGB. 267b StPO. fallen. Sie waren schon nach der früheren Rechtsprechung des RG. grundsätzlich zulässig, da es sich in diesen Fällen nur um gleichwertige Ausführungsformen des gesetzlichen Tatbestandes ein und desselben Delikts handelte, für die dieselbe Strafe angedroht ist.[1])

1) vergl. oben § 2 S. 4; Wertheimer a.a.O. S. 16f., 18.

Dagegen müssen hiernach Wahlfeststellungen gemäß §§ 2b StGB., 267b StPO. getroffen werden, wenn die verschiedenen Alternativen eines kumulativen Mischgesetzes in Frage stehen, obgleich der Gesetzgeber durch Zusammenfassung der verschiedenen Strafgesetze in einem Paragraphen und unter gleicher Strafdrohung zu erkennen gegeben hat, daß er sie als gleichwertig behandelt wissen will. Es handelt sich eben um verschiedene Strafgesetze, die bei gleicher Strafdrohung doch meist völlig verschiedene Tatbestände enthalten und entsprechend der Verschiedenheit der Normen auch in der Volksanschauung im allgemeinen sittlich verschieden bewertet werden.

II. Qualifizierte und privilegierte Fälle im Verhältnis zum Grunddelikt.

Der besondere Teil unseres Strafgesetzbuches enthält eine Reihe von sog. Grundtatbeständen oder Grunddelikten, die nach Mezger[1]) „das eigentliche Rückgrat des Systems darstellen. Als solche Grunddelikte kann man etwa das Töten eines Menschen in § 212 StGB., die Körperverletzung des § 223 StGB., den Diebstahl in § 242 StGB., den Betrug in § 263 StGB. u. a. bezeichnen. Ihnen stehen Deliktsunterfälle gegenüber, die entweder mit schärferer oder milderer Strafe als der Grundtatbestand bedroht sind und daher qualifizierte bezw. privilegierte Delikte genannt werden. So bilden die Fälle des schweren Diebstahls in § 243 StGB. gegenüber dem einfachen Diebstahl des § 242 StGB. das qualifizierte Delikt, die Fälle des § 213 StGB. gegenüber § 212 StGB. das privilegierte Delikt.

Es können in der Praxis Fälle vorkommen, in denen der Richter nicht mit Sicherheit feststellen kann, ob der Täter z. B.

a) eine fremde, bewegliche Sache durch einfachen Diebstahl oder durch Einbruchdiebstahl (§ 243 Nr. 2 StGB.) erlangt hat;

1) Mezger. a.a.O. S. 193; vergl. auch Köhler, Lehrb. S. 162.

b) ob der Dieb in das Gebäude eingestiegen ist oder ob er falsche Nachschlüssel verwendet hat (§ 243 Nr. 2 oder 3 StGB.) [1])

Von Dassel [2]) und Benno Schwabe [3]) verneinen die Zulässigkeit von Wahlfeststellungen für den Fall a) mit Recht.

Sowohl bei den qualifizierten, wie bei den privilegierten Delikten treten zu dem für die Straftat charakteristischen Grundtatbestand lediglich neue Tatbestandsmerkmale hinzu, die bei den qualifizierten Delikten als gesetzliche Strafschärfungsgründe eine Straferhöhung, bei den privilegierten Delikten als gesetzliche Strafmilderungsgründe eine Strafermäßigung zur Folge haben. Es handelt sich also in dem Verhältnis der qualifizierten bezw. privilegierten Fälle zu dem Grunddelikt tatbestandsmäßig nicht um ein „aliud zu aliud", sondern um ein „plus zu minus".

Zwischen „plus" und „minus" ist aber nach den Denkgesetzen eine Wahlfeststellung nicht möglich. Es muß vielmehr das „minus" mit Sicherheit erwiesen sein, bevor die weitere Frage geprüft werden darf, ob auch das „plus" vorliegt. Kann dieses nicht mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen werden, so ist eindeutig wegen des „minus" zu verurteilen. Für Zweifel, ob ein qualifizierter bezw. privilegierter Fall oder das Grunddelikt verübt wurde, würde sich hieraus ergeben, daß die Begehung des Grunddelikts als des tatbestandsmäßigen „minus" zunächst mit Sicherheit feststehen müßte, bevor geprüft werden dürfte, ob weitere straferhöhende bezw. strafermäßigende, gesetzliche Tatbestandsmerkmale erfüllt wurden. Wären solche nicht nachzuweisen, so müßte eindeutig wegen des Grunddelikts verurteilt werden. Das trifft für die qualifizierten Fälle auch ohne weiteres zu. Bei den privilegierten Fällen steht einer derartigen Verurteilung jedoch der strafrechtliche Grundsatz „in dubio pro reo" entgegen. Hat hier

1) Dieser Fall lag dem RG. vor, vergl. RG. 55, 44.
2) A.a.O. S. 184.
3) A.a.O. S. 11.

das Gericht Zweifel, ob über den Grundtatbestand hinaus strafmildernde Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, so muß eindeutig Verurteilung wegen Verletzung des privilegierten Strafgesetzes erfolgen. Steht z. B. fest, daß der Angeklagte einen Menschen getötet hat (§ 212 StGB.), hegt aber das Gericht Zweifel, ob auf das „ausdrückliche und ernste Verlangen" des Getöteten hin, so darf der Täter nur eindeutig aus § 216 StGB. verurteilt werden.

Dagegen erscheinen im Falle b), wo es sich um verschiedene Qualifizierungsgründe des gleichen Grunddelikts handelt, Wahlfeststellungen als logisch möglich. In derartigen Fällen handelt es sich nicht, wie oben, um ein „plus" oder „minus" des grundsätzlich gleichen Tatbestandes, sondern die verschiedenen Qualifizierungsgründe geben dem einheitlichen Grundtatbestand ein qualitativ verschiedenes Gepräge.

Verschieden qualifizierte Fälle oder ein qualifizierter und ein privilegierter Fall desselben Grunddelikts stehen demnach im Verhältnis von „aliud zu aliud". Wahlfeststellungen sind zwischen ihnen zulässig. Sie fallen auch unter §§ 2b StGB. 267b StPO., da es sich bei den verschieden qualifizierten bezw. privilegierten Fällen, selbst wenn sie in einem Paragraphen untergebracht sind (vergl. §§ 243, 250 StGB.), um verschiedene Strafgesetze i. S. des § 2b StGB. handelt. Die Tatsache daß sie sich auf das gleiche Grunddelikt zurückführen lassen und wohl meist der gleichen Norm Ausdruck verleihen, kann hieran nichts ändern. Wie schon erwähnt spricht zwar die Verschiedenheit der Normen immer für die Verschiedenheit der Strafgesetze; dagegen nicht die Gleichheit der Norm für Gleichheit der Gesetze zumal wenn der Gesetzgeber, wie das bei verschieden qualifizierten bezw. privilegierten Delikten regelmäßig der Fall ist, diese in verschiedenen Paragraphen oder unter verschiedenen Nummern des gleichen Paragraphen untergebracht hat. —

III. Versuch und strafbare Vorbereitungshandlung im Verhältnis zur Vollendung desselben Delikts.

1. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß Wahlfeststellungen zwischen Versuch und Vollendung des gleichen Delikts, falls sie überhaupt zulässig sind, nicht unter §§ 2b StGB. 267b StPO. fallen. § 2b StGB. verlangt einen Verstoß gegen „mehrere“ d. h. verschiedene Strafgesetze, Versuch und Vollendung richten sich dagegen gegen das gleiche Strafgesetz. Verschieden ist bei ihnen lediglich die Form der Verletzung desselben. Wenn aber auch die verschiedenen Formen der Verletzung eines Strafgesetzes im „Allgemeinen Teil“ des StGB. in verschiedenen Paragraphen geregelt sind, so handelt es sich doch nicht um „verschiedene Strafgesetze“ i. S. des § 2b StGB. Unter solchen sind vielmehr, wie der allgemeine Sprachgebrauch ergibt, nur die Straftatbestände des „Besonderen Teiles“ des StGB. zu verstehen.

Ich halte aber die Wahlfeststellung zwischen Versuch und Vollendung des gleichen Deliktes für unzulässig. Gemäß § 43 StGB. enthält der Versuch den „Anfang der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens“. Der „Anfang der Ausführung“ liegt aber nach RG. (51, 341; 66, 154) nur vor, wenn sich „die Tätigkeit als Beginn einer zum gesetzlichen Tatbestand des Deliktes gehörigen Handlung darstellt“. Es muß also wenigstens ein Teil des gesetzlichen Tatbestandes erfüllt sein[1]), sonst handelt es sich um eine, im allgemeinen straffreie Vorbereitungshandlung. Die vollendete Tat unterscheidet sich demgegenüber lediglich dadurch, daß bei ihr sämtliche Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, die verbrecherische Handlung also tatbestandsmäßig weiter fortgeschritten ist. Hiernach stellt der Versuch lediglich ein „minus“ in der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes des vollendeten Delikts dar. Zwischen einem „minus“ im Verhältnis zum „plus“ ist aber, wie schon dargelegt wurde, eine Wahlfeststellung nicht möglich. Zur Verur-

1) Auf die nach der subjektiven Theorie strafbaren Fälle des „untauglichen Versuchs“ kann in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden.

teilung des Täters muß vielmehr mindestens der Versuch eindeutig nachgewiesen werden. Ist dann die Vollendung wahrscheinlich, aber nicht mit Sicherheit erweislich, so hat es bei der eindeutigen Verurteilung wegen Versuchs sein Bewenden.

2. Bei den strafbaren Vorbereitungshandlungen ist zwischen selbständigen und unselbständigen zu unterscheiden.

Selbständige Vorbereitungsdelikte sind solche[1]), bei denen sich der Vorsatz nur auf die Verwirklichung des eigenen Tatbestandes richtet;

unselbständige dagegen solche, bei denen der Vorsatz des Täters über die Verwirklichung des eigenen, unselbständigen Tatbestandes hinausgreift.

a) Hiernach stellen die selbständigen Vorbereitungsdelikte, die allgemein als „delicta sui generis" bezeichnet werden, wie schon der Name sagt, völlig selbständige Straftaten dar. Sie sind tatbestandsmäßig so weit verselbständigt, daß sie zu dem entsprechenden Hauptdelikt nicht, wie etwa ein Grunddelikt zum qualifizierten oder privilegierten Fall, im Verhältnis von „minus zu plus" stehen, sondern von „aliud zu aliud". So enthält z. B. der Tatbestand der „Falschmünzerei" (§ 146 StGB.) nicht nur ein bloßes „mehr" gegenüber dem der „Unbefugten Stempelanfertigung" (§ 360 Nr. 4 StGB.) sondern seine Verwirklichung ist sehr wohl denkbar, ohne daß der Täter gegen § 360 Nr. 4 StGB. verstößt. Das gleiche gilt für die wenigen anderen, selbständigen Vorbereitungsdelikte im Verhältnis zur Haupttat.

Eine Wahlfeststellung zwischen selbständigen Vorbereitungshandlungen und dem Versuch bezw. der Vollendung der Haupttat erscheint wegen dieser Verschiedenheit der selbständigen Tatbestände als begrifflich möglich. Sie fällt auch unter § 2b StGB. da es sich bei den selbständigen Vorbereitungshandlungen immer um solche handelt, die im „Besonderen Teil" des StGB. oder in strafrecht-

1) vergl. Handschuh a.a.O. S. 11.

lichen Nebengesetzen (z. B. §§ 7, 8 Sprengstoffgesetz) als selbständige Delikte geregelt sind[1]).

Das Gleiche gilt für die selbständigen Versuchstatbestände des „Besonderen Teils" des StGB. Sie sind als „delicta sui generis" im Verhältnis zur entsprechenden Haupttat ebenfalls wie verschiedene Strafgesetze im Sinne des § 2b StGB. zu behandeln.

b) Den selbständigen Vorbereitungs- und Versuchsdelikten ist gemeinsam, daß sie zur Haupttat im Verhältnis der Subsidiarität stehen[2]). Verschiedene Schriftsteller halten aber offenbar eine Wahlfeststellung zwischen subsidiären Strafgesetzen für unzulässig.[3]) M. E. zu Unrecht.

Das „Gesetz" der Subsidiarität hat mit dem der Wahlfeststellungen nichts zu tun. Es besagt lediglich, daß von subsidiären Strafgesetzen immer dasjenige Anwendung finden soll, „das den durch den Sachverhalt gegebenen am meisten vorgeschrittenen Angriff (auf das geschützte Rechtsgut) mit Strafe bedroht". Voraussetzung für die Anwendung dieses Strafgesetzes ist, daß seine Verletzung mit einer zur Verurteilung ausreichenden Sicherheit nachgewiesen wird. Trifft das nicht zu, so ist das subsidiäre Strafgesetz anzuwenden, falls die Erfüllung seines Tatbestandes hinreichend erwiesen ist. Das „Gesetz" der Subsidiarität enthält also nur eine abstrakte Bewertung der verschiedenen Strafgesetze nach der Intensität der in ihnen zum Ausdruck kommenden Angriffe auf ein geschütztes Rechtsgut. Ueber die Frage des Nachweises der Verletzung dieser Strafgesetze sagt es dagegen nichts aus. Diese Frage ist für das Gebiet der Wahlfeststellungen in § 2b StGB. geregelt, welcher 1. wahldeutige Tatsachenfeststellungen zum Beweis der Verletzung der Strafrechtsordnung für zulässig erklärt und 2. falls mehrere Gesetze

1) vergl. Handschuh, a.a.O. S. 48, 49.

2) Olshausen-Komm. a.a.O. Anm. 13b zu § 73 StGB.

3) vergl. Olshausen-Nachtrag, S. 30 Anm. 4 zu § 2b StGB., Schwarz a.a.O. Anm. 1 Bb zu § 2b StGB.

als verletzt in Betracht kommen, bestimmt, daß der Täter bezüglich des Straferkenntnisses so zu behandeln ist, als ob die Verletzung des mildesten Gesetzes eindeutig erwiesen wäre. Bei Wahlfeststellungen zwischen subsidiären Gesetzen wird regelmäßig „das subsidiäre Gesetz" das mildere sein, da der Gesetzgeber wohl den intensiveren Rechtsgutsangriff auch mit schwererer Strafe belegt wissen will. Begriffsnotwendig ist das jedoch nicht. Bei wahldeutigem Sachverhalt ist also allein nach dem Gesetze der Subsidiarität keine „eindeutige" Verurteilung möglich.

c) Bei den unselbständigen Vorbereitungshandlungen kann man m. E. im Gegensatz zu den selbständigen Vorbereitungshandlungen nicht mehr von selbständigen Delikten i. S. des § 2b StGB. sprechen. Ihr Tatbestand steht zwar zu dem der entsprechenden Haupttaten nicht mathematisch genau im Verhältnis von „minus" zu „plus", wie z. B. bei den Grunddelikten und den dazugehörigen qualifizierten oder privilegierten Fällen, jedoch ist er an denselben eng angelehnt und der Vorsatz des Täters erstreckt sich bei Begehung der unselbständigen Vorbereitungshandlungen immer schon auf die Begehung der Haupttaten selber. In dieser Hinsicht stimmen die unselbständigen Vorbereitungshandlungen — im Gegensatz zu den selbständigen! — mit dem Versuch völlig überein. Sie sind durch diesen einheitlichen Vorsatz ebenso, wie der Versuch (§ 43f. StGB.) mit dem Strafgesetz der vollendeten Tat derart verbunden, daß von mehreren Strafgesetzen im Sinne des § 2b StGB. nicht die Rede sein kann. Für verschiedene Strafgesetze in diesem Sinne erscheint vielmehr wesentlich, daß der Täter aus verschieden geartetem Vorsatz gehandelt hat und daß seine Tat nicht nur bei einheitlichem Vorsatz in einem mehr oder weniger frühen Angriffsstadium stecken geblieben ist. Ich halte deshalb Wahlfeststellungen zwischen unselbständigen Vorbereitungshandlungen und dem Versuch oder der Vollendung der Haupttat für unzulässig, da es sich um eine Art „plus-minus"-

Verhältnis handelt. Das gilt nicht nur für die unselbständigen Vorbereitungshandlungen des „Allgemeinen Teiles", bei denen, wie in §§ 49a, 49b StGB., von einem selbständigen Verbrechenstatbestand überhaupt nicht die Rede sein kann, sondern auch für die des „Besonderen Teiles" des StGB., die, wie die §§ 151, 201, 82, 83 usw. StGB., einen teilweise arteigenen Tatbestand besitzen. —

IV. Die verschiedenen Teilnahmeformen.

Teilnahme ist nach dem Gesetz die vorsätzliche Mitwirkung mehrerer an einem vorsätzlichen Delikt vor dessen Beendigung. Sie ist in Form der (Mit-)Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe möglich, vergl. §§ 47, 48, 49 StGB. Diese verschiedenen Teilnahmeformen stehen zu einander im Verhältnis der Subsidiarität[1]). Hiernach ist ein Teilnehmer wegen Behilfe nur zu bestrafen, wenn ihm nicht Anstiftung oder Mittäterschaft, wegen Anstiftung nur, wenn ihm nicht Täterschaft nachzuweisen ist. Wie wir jedoch schon unter IIIb) gesehen haben, hat die Subsidiarität von Strafgesetzen auf Wahlfeststellungen keinen Einfluß. Das RG. scheint hier aber bezüglich der verschiedenen Teilnahmeformen anderer Ansicht zu sein, wie folgender Fall zeigt[2]):

„Der Zigarrenhändler P. hatte dem S. einen Posten Zigarren, die er in seinem Geschäftsraum auf Gestellen lagern hatte, nach § 930 BGB. sicherungsweise übereignet. Die Zigarren wurden dann für W., einem Gläubiger des P., ohne daß dieser widersprach, ordnungsgemäß gepfändet. S. verkaufte später die Zigarren an L. und dieser erhielt sie ausgehändigt. Inzwischen müssen also die Siegel, die der Gerichtsvollzieher angebracht hatte, entfernt worden sein. Dem P. ist zur Last gelegt dies getan zu haben. Das Landgericht kam zu dem Ergebnis, als Täter kämen nur P. oder S. in Betracht, entweder zusam-

1) Unbestr. herrschende Ansicht, vergl. Olshausen a.a.O. § 73 Anm. 13b 2; Frank a.a.O. § 73 Anm. 2b; Schwarz StGB. Vorbem. 2B zu § 73.

2) RG. Entscheidung v. 22. I. 32, 1 D 365/31 abgedr. bei Nüse, Probleme S. 86.

men oder allein. Die für P. günstigere Annahme sei, daß S. alles als Alleintäter gemacht habe, das könne er aber nur dann, wenn P. es gewußt und geduldet und ausdrücklich seine Einwilligung gegeben, dem S. also dadurch Beihilfe geleistet habe. Das Landgericht verurteilte ihn wegen Beihilfe. Das Urteil wurde vom Reichsgericht bestätigt. Die Gründe sagen: Eine nach der Rechtsprechung des RG. unzulässige Wahlfeststellung liegt nicht vor. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß P. unter allen Umständen bei dem festgestellten Siegel- und Pfandbruch irgendwie tätig geworden ist, sei es, daß er Alleintäter war oder, daß er und S. gemeinschaftlich als Mittäter gehandelt haben, sei es, daß S. Alleintäter und er nur Gehilfe war. Wenn bei dieser Sachlage zugunsten des Angeklagten P. diesem gegenüber nur die mildeste Erscheinungsform der Tat festgestellt worden ist, so ist dies nicht zu beanstanden".

Wenn auch das RG. in diesem Falle die eindeutige Verurteilung des Teilnehmers P. wegen Beihilfe offensichtlich nach dem Grundsatze der Subsidiarität billigte, so liegt doch eine versteckte Wahlfeststellung vor, denn weder die Beihilfe, noch die Mit- oder Alleintäterschaft des P. konnte eindeutig nachgewiesen werden. Wie wir aber unter III b) gesehen haben, stellt der Grundsatz der Subsidiarität nur eine abstrakte Bewertung von Strafgesetzen bezüglich der Gefährdung eines geschützten Rechtsgutes dar, ohne zur Frage des Nachweises der Verletzung der subsidiären Strafgesetze Stellung zu nehmen. Das RG. war aber nach seiner früheren Rechtsprechung zu einer derartigen Argumentation gezwungen, da es sonst den zweifellos schuldigen Täter mangels eindeutigen Nachweises hätte freisprechen müssen. Es ist anzunehmen, daß das RG. heute, nach der gesetzlichen Zulassung der Wahlfeststellungen, auch in diesem Falle eine Wahlfeststellung für notwendig erachtet hätte.

Eine solche Wahlfeststellung zwischen verschiedenen Teilnahmeformen derselben Tat ist m. E. begrifflich möglich. Diese stehen tatbestands-

mäßig zu einander nicht im Verhältnis von „plus zu minus", sondern von „aliud zu aliud". Ein „plus-minus"-Verhältnis ist ihnen nur in der rechtlichen Wertung (Subsidiarität) beigelegt. Von Dassel[1]) behauptet hierzu mit Recht: „Soweit Anstiftung und Selbsttäterschaft in Frage kommen, ist darüber kein Zweifel möglich. Aber auch die Mittäterschaft wird man nicht für ein bloßes Mehr gegenüber der Beihilfe halten; besonders nicht vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus. „Handeln mit Tätervorsatz" und „Handeln mit Gehilfenvorsatz" sind von einander dem Wesen nach verschieden. Somit ist Wahlfeststellung in Fällen ungewisser Beteiligung möglich".

Sie ist aber auch rechtlich zulässig. Zwar fällt die Wahlfeststellung zwischen verschiedenen Teilnahmearten nicht unmittelbar unter § 2b StGB., da dieser die Wahlfeststellung zwischen verschiedenen Strafgesetzen zum Gegenstand hat, während es sich bei Wahlfeststellungen zwischen mehreren Teilnahmeformen immer um das gleiche Strafgesetz handelt; daraus, daß der Gesetzgeber die viel schwerwiegendere Wahlfeststellung zwischen verschiedenen Strafgesetzen gestattet hat, ist jedoch notwendig zu schließen, daß er auch eine solche zwischen verschiedenen Teilnahmeformen desselben Deliktes zulassen wollte. Die §§ 2b StGB. 267b StPO. sind auf derartige Wahlfeststellungen analog anzuwenden[2]) —

V. Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Bevor wir auf die Frage eingehen, ob eine Wahlfeststellung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung des gleichen Delikts möglich ist, sei zunächst geprüft, ob es sich bei Zweifeln über die Schuldform um eine Rechtsfrage oder eine rein tatsächliche Frage handelt. Das ist notwendig, weil wir oben in § 6 Abschnitt

1) A.a.O. S. 186; zur Frage der Subsidiarität nimmt v. Dassel keine Stellung.

2) Gleicher Ansicht ist offenbar der Frank-Nachtr. in Anm. II 4 zu § 2b StGB,; a. A. ist der Olshausen-Nachtr. in Anm. 4 zu § 2b StGB.

II 1) festgestellt haben, daß bei lediglich rechtlichen Zweifeln des Gerichts eine Wahlfeststellung grundsätzlich unzulässig ist.

Grünhut führt zu diesem Problem aus: „Es bleibt trotz ihrer verschiedenen psychologischen Merkmale die Entscheidung zwischen den beiden Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit eine Frage der rechtlichen Beurteilung der gleichen Handlung. Dabei mag freilich der Verdacht, der Täter habe mit der zum Vorsatz erforderlichen Tatsachenkenntnis gehandelt, allein die Fahrlässigkeit weder auszuschließen noch zu begründen. Denn nur eine erwiesene Tatsachenkenntnis steht als Vorsatz der Fahrlässigkeit entgegen, während umgekehrt der Verdacht vorsätzlichen Handelns kein ausreichendes Indiz für Fahrlässigkeit ist (RG. 41, 389; 59, 83). Es sind durchaus Fälle denkbar, wo zwar der Vorsatz möglich, Fahrlässigkeit aber wegen der mangelnden Begabung und geringen Erfahrung des Angeklagten ausgeschlossen ist. Dann muß der Täter bei mangelndem Beweise des Vorsatzes freigesprochen werden".

Soweit Grünhut behauptet, daß die Frage, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, immer eine Rechtsfrage (und somit nach unserer Ansicht stets einer eindeutigen Lösung fähig und bedürftig) sei, kann seinen Ausführungen nicht beigetreten werden. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind in jedem Falle subjektive Tatsachen, die sich im Innern des Täters abspielen und die Schwierigkeiten, die sich dem Richter, der in der Regel nur aus äußeren Anzeichen auf die Vorgänge im Inneren des Täters zurückschließen kann, entgegenstellen, sind immer rein tatsächlicher Natur. Hat er einmal die psychologischen Vorgänge im Inneren des Täters ermittelt, so dürfte es nicht mehr schwer fallen diese als Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu kennzeichnen. Unter diesem Gesichtspunkt bestehen m. E. keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Wahlfesstellungen zwischen den beiden Schuldformen.

Diese erscheinen aber auch begrifflich als möglich,

2) A.a.O. S. 337.

da der Vorsatz zur Fahrlässigkeit nicht im Verhältnis von „plus zu minus", sondern von „aliud zu aliud" steht. Die Wesensverschiedenheit von Vorsatz und Fahrlässigkeit und damit auch die Zulässigkeit von Wahlfeststellungen zwischen beiden wird bisweilen geleugnet. So behauptet Ostern[1]): „Das gleiche Verhältnis von plus zu minus liegt vor zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. Denn definiert man mit Binding den Vorsatz als das bewußte Wollen einer Normwidrigkeit, die Fahrlässigkeit als das unbewußte, so unterscheidet sich eben der Vorsatz von der Fahrlässigkeit nur durch das Hinzutreten eines weiteren Momentes, nämlich des Bewußtseins um die Normwidrigkeit. Sieht man den Vorsatz an als die Voraussicht des Erfolges, die Fahrlässigkeit als das Voraussehenmüssen, so nimmt, wer meint, der Verbrecher besaß die Voraussicht, implicite auch an, er mußte sie besitzen, denn sonst hätte er sie nicht besessen; auch nach dieser Auffassung ist also der Vorsatz nur ein Mehr, nicht ein Anderes gegenüber der Fahrlässigkeit (so Bar „Recht" S. 142, 145) .... im Zweifel ist deshalb das „minus", nicht die Alternative festzustellen".

Es erübrigt sich hier auf den praktisch bedeutungslosen Unterschied zwischen Willens- und Vorstellungstheorie einzugehen. Der Versuch Osterns auf Grund beider Theorien den Vorsatz als bloßes „mehr" der Fahrlässigkeit darzustellen erscheint gekünstelt. Nach natürlicher Auffassung unterscheidet sich die Fahrlässigkeit vom Vorsatz wesensmäßig durch die nur ihr eigene „pflichtwidrige Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt", durch den Vorsichtsmangel, der beim Vorsatz fehlt. Daher ist auch das „unbewußte Wollen einer Normwidrigkeit" nie Fahrlässigkeit, wenn es nicht auf Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt beruht und die „Voraussicht" kein bloßes „Mehr" des „Voraussehenmüssens", denn beim „Voraussehenmüssen" tritt zum „Nichtvoraussehen" begrifflich immer der Vorsichtsmangel. Ostern unterscheidet augenscheinlich ebensowenig, wie der Olshausen-

1) A.a.O. S. 70f.

Nachtrag[1]), das tatbestandsmäßige „plus-minus"-Verhältnis von dem Subsidiaritätsverhältnis, welches zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit besteht. Hiernach geht der Vorsatz als das größere Maß der Schuld der Fahrlässigkeit vor, genau so, wie die Mittäterschaft der Beihilfe. Diese verschiedenartige Bewertung der beiden Schuldformen wirkt sich aber, wie die verschiedenartige Bewertung der Teilnahmeformen, auf eine etwaige Alternativität nicht aus, denn wenn bestimmt ist, falls der Tatbestand a) erfüllt ist, findet der Tatbestand b) keine Anwendung, so ist noch nichts über die Fälle gesagt, in denen ungewiß ist, ob der Tatbestand a) oder b) vorliegt. Daß in solchen Fällen derjenige Tatbestand als erfüllt anzusehen ist, der die mildeste Bestrafung zuläßt, ergibt sich vielmehr erst aus der besonderen gesetzlichen Regelung der Wahlfeststellungen.

Die Wahlfeststellung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ist demnach grundsätzlich als zulässig zu erachten. Der gleichen Ansicht ist mit Hinweis auf die Erörterungen der amtlichen Strafrechtskommission der Frank-Nachtrag[2]), ebenso ohne Begründung, von Dassel[3])[4]). In Gürtners „Bericht über die Tätigkeit der amtlichen Strafrechtskommission"[5]) wird zu unserem Problem folgendes mitgeteilt:

„Die Kommission war der Auffassung, daß . . . für eine wahldeutige Schuldfeststellung regelmäßig kein Raum ist. Denn wenn der Richter zu dem Ergebnis kommt, daß dem Täter Vorsatz nicht nachzuweisen ist, so scheidet eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Begehung ohne weiteres aus, sie kann auch nicht wahlweise erfolgen.

(Ein Fehlschluß! Mit dem gleichen Recht könnte man bei der Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und

1) A.a.O. S. 30 Anm. 4 zu § 2b StGB.

2) A.a.O. S. 194 Anm. II 4 zu § 2b StGB.

3) A.a.O. S. 185.

4) Der Olshausen-Nachtrag hält in Anm. 4 zu § 2b StGB. die Wahlfeststellung für unzulässig, offenbar wegen des Subsidiaritätsverhältnisses.

5) A.a.O. S. 216.

Hehlerei sagen: „Wenn der Richter zu dem Ergebnis kommt, daß dem Täter der Diebstahl nicht nachzuweisen ist, so scheidet eine Verurteilung wegen Diebstahl ohne weiteres aus, sie kann auch nicht wahlweise erfolgen)[1]).

Er muß vielmehr dann weiterhin prüfen, ob fahrlässige Tatbegehung (in unserem Falle: Hehlerei!)[2]) nicht in Betracht kommt. Diese Frage aber kann, wie kaum der Hervorhebung bedarf, nicht ohne weiteres bejaht werden, weil Vorsatz (Diebstahl!)[3]) nicht nachzuweisen ist. Steht z. B. fest, daß der geleistete Eid falsch ist, läßt sich aber nicht feststellen, daß der Täter wissentlich falsch geschworen hat, so darf er wegen fahrlässigen Falscheides nur verurteilt werden, wenn weiterhin festgestellt wird, daß er in der Lage war die Unwahrheit seiner Aussage zu erkennen. Auch aus diesem Grunde kommt eine wahlweise Feststellung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht in Betracht. Dies entspricht auch der Natur der Sache; denn wenn es auch tragbar ist, daß die Frage, ob der Täter Dieb oder Hehler, Dieb oder Betrüger ist, offen bleibt, so kann doch die Frage, ob jemand ein meineidiger oder leichtsinniger Mensch ist, ob er des Mordes oder Totschlages oder nur einer fahrlässigen Tötung schuldig ist, im allgemeinen nicht unentschieden gelassen werden.

(Die Wahlfeststellung soll auch nur ein Notbehelf sein für den Fall, daß diese Fragen mit menschlichen Mitteln gerade nicht mehr aufzuklären sind. Freispruch dürfte in solchen Fällen, wo die Schuld des Täters mit Sicherheit feststeht, nicht in Frage kommen; eine eindeutige Verurteilung wegen Fahrlässigkeit, als dem geringeren Schuldmaß, wäre aber unwahrhaftig, denn der Richter ist von dem Vorliegen der Fahrlässigkeit in solchen Fällen nicht eindeutig überzeugt, sondern rechnet mit der — allerdings nicht sicher nachweisbaren — Möglichkeit, daß der Täter vorsätzlich handelte. Im übrigen kann der Hinweis auf den großen Unterschied zwischen einer vorsätzlichen oder nur fahrlässigen Verletzung des gleichen Ge-

1) 2) 3) Die eingeklammerten Beifügungen stammen vom Verf.

seţes bezw. des gleichen, geschützten Rechtsgutes nicht durchdringen, denn bei Wahlfeststellungen zwischen verschiedenen Geseţen z. B. zwischen Verleumdung und Blutschande[1]) oder Betrug und Abtreibungsversuch[1]) usw. ist dieser Unterschied noch viel größer, ohne daß ihre Zulässigkeit bestritten wird[2])[3]).

Anschließend gibt der „Bericht" ein Beispiel, in dem eine Wahlfeststellung zwischen Vorsaţ und Fahrlässigkeit „ausnahmsweise denkbar" ist. Derartige Fälle sind aber nicht so selten, wie man glaubt:

Hat sich etwa der Täter nach seiner eigenen Darstellung eines fahrlässigen Falscheides (einer fahrlässigen Tötung) schuldig gemacht, glaubt ihm aber das Gericht nicht, da Anzeichen für eine vorsäţliche Tat vorhanden sind, ohne daß diese mit ausreichender Sicherheit nachgewiesen werden kann, so besiţt es weder die zur Verurteilung wegen fahrlässigen Falscheides (fahrlässiger Tötung), noch die zur Verurteilung wegen Meineides (Totschlags) gemäß § 261 StPO. erforderliche Ueberzeugung sondern ist lediglich davon überzeugt, daß sich der Täter eines Eidesdeliktes (Tötungsdeliktes) — fraglich welches — schuldig gemacht hat. In diesem Fall ist immer eine wahldeutige Verurteilung notwendig.

Eine solche ist auch nach Gürtners „Bericht" grundsäţlich zulässig, wenn dort auch Bedenken geäußert werden.

Steht demnach die Zulässigkeit der Wahlfeststellung zwischen Vorsaţ und Fahrlässigkeit fest, so ist noch zu prüfen, ob diese unter § 2b StGB. fällt. Das ist nur dann der Fall, wenn ein Verstoß gegen mehrere d. h. verschiedene Strafgeseze in Frage steht.

1. Von einem solchen Verstoß können wir zweifellos dann nicht sprechen, wenn der Geseţgeber nur eine einheitliche Bestimmung in den „Besonderen Teil" des StGB. aufgenommen hat, ohne sich zur Schuldform zu

1) Vergl. Gürtners „Bericht" a.a.O.

2) (. .) Anmerkung des Verfassers.

3) Vergl, oben § 4 Beisp. 3a und § 1 Beispiel c).

äußern. Nach herrschender Ansicht[1]) kann in solchen Fällen nur bei Uebertretungen die Fahrlässigkeit als strafbar angesehen werden. Bei Vergehen ist die fahrlässige Begehung ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz nur in einigen Ausnahmefällen wegen des polizeilichen Charakters des Delikts strafbar (§§ 139, 145, 145a 330, 259? StGB.[2]). Bei Verbrechen wird sie verneint. In den genannten Fällen ist § 2b StGB., da es sich nicht um mehrere Strafgesetze handelt, nur analog anwendbar.

2. In einigen Fällen hat der Gesetzgeber die fahrlässige Begehung der Tat im gleichen Paragraphen, wie das vorsätzliche Delikt, für strafbar erklärt, vergl. z. B. § 121 StGB. M. E. kann man hier nicht von verschiedenen Strafgesetzen i. S. des § 2b StGB. sprechen. Es gilt deshalb das gleiche, wie für 1.

3. Soweit der Gesetzgeber die vorsätzliche und fahrlässige Begehung desselben Delikts in verschiedenen Paragraphen und unter unterschiedlichen Strafdrohungen geregelt hat (Meineid — § 153,4 — und fahrlässiger Falscheid — § 163 —, Totschlag — § 212 — und fahrlässige Tötung — § 222 — usw.), handelt es sich um selbständige Strafgesetze i. S. des § 2b StGB. Diese Bestimmung findet daher mit all ihren Folgerungen (z. B. Urteilsabschrift an den RM. der Justiz) unmittelbar Anwendung.

§ 8. Die Frage der Tatidentität (Verfahrensrecht).

I. Die vor Einfügung des § 2b in das StGB. herrschende wissenschaftliche Lehre und das RG. haben Wahlfeststellungen auch in dem von ihnen anerkannten, beschränkten Umfang nur dann zugelassen, wenn die Nämlichkeit der Tat außer Zweifel war. Dieser in § 264 StPO. verankerte Grundsatz, „daß den Gegenstand des Verfahrens eine bestimmte Tat i. S. eines konkreten, historischen Vorganges bildet, die durch alle Stadien die gleiche bleibt und vom 1. Augenblick an unverrückbar festliegt, während

1) vergl. Köhler, Lehrbuch S. 242.
1) vergl. Köhler, Lehrb. S. 277.

ihre rechtliche Beurteilung wechseln darf“ [1]), gilt nicht nur für Wahlfeststellungen, sondern beherrscht in der Tat unser ganzes Strafverfahren. Er zieht sich nach Graf zu Dohna [1]) „wie ein roter Faden durch das Gesetz hindurch und läßt sich an den §§ 155, 179, 191, 200, 207, 264, 265, 267 StPO. Schritt um Schritt verfolgen“. Wurde dieser Grundsatz durch die unbeschränkte Zulassung der Wahlfeststellungen, wie es die „Amtlichen Begründungen zu den Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935“ auf Seite 31 behaupten, tatsächlich aufgehoben?

Auch Karl Schäfer vertritt in JW. 1935, 2326 und in Gürtners „Bericht über die Arbeiten der amtlichen Strafrechtskommission, Allg. Teil 2. Aufl. Seite 215 f.“ diese Ansicht. Das würde ferner einer alten Forderung RG.-Rats Zeiler [2]) und Nüse [3]) entsprechen, die nicht mit Unrecht darauf hingewiesen haben, daß der Begriff der Identität der Tat völlig unbestimmbar ist, daß es der Rechtslehre und Rechtsprechung bis heute noch nicht gelungen ist eine feste, begriffliche Grenze zu ziehen zwischen der nämlichen und einer anderen Tat und daß die Rechtsprechung des RG. hier widersprechende und unbefriedigende Ergebnisse gezeitigt hat. Man denke nur an die vielumstrittene RG.-Entscheidung 21, 78f, wo der wegen Anstiftung zum Mord angeklagte Ehemann freigesprochen wurde, weil er früher in einem Verfahren wegen Nichtanzeige dieses von seiner Ehefrau an dem gemeinsamen Kinde geplanten Verbrechens rechtskräftig freigesprochen worden war, da sich der Verdacht der Teilnahme ergab, deren Aburteilung nach den Urteilsgründen dem schwurgerichtlichen Verfahren gegen die Ehefrau vorbehalten bleiben sollte.[4]). Dieser Fall zeigt jedoch andererseits die Wichtigkeit der Unterscheidung zwischen nämlicher und anderer Tat, nicht nur für das Gebiet der Wahlfeststellungen, sondern ganz allge-

---

1) Graf zu Dohna, a.a.O. S. 578f.

2) DRZ. 1914, 528.

3) Nüse, Problem., a.a.O. S. 49, 52f.

4) vergl. weitere Fälle bei Nüse, Problem. . . S. 52f. und Löwe-Komm. Bemerkung 24 vor § 151, Anm. 2 zu § 264 StPO.

mein für das Strafverfahren, da sich nach ihr insbesondere die Entscheidung über den Verbrauch der Strafklage — ne bis in idem! — richtet.

Bei der Erörterung der Frage, ob durch die Einfügung des § 2 b StGB. der Grundsatz der Tatidentität für das Gebiet der Wahlfeststellungen durchbrochen werden sollte, müssen wir davon ausgehen, was das RG. und die früher herrschende Meinung unter Identität der Tat gerade im Hinblick auf die Wahlfeststellungen verstanden hat. Das RG. und im Anschluß daran die Literatur verwendeten den Begriff der Tatidentität bezüglich der Wahlfeststellungen unbewußt in einem doppelten Sinn:[1])

1. In dem allgemeinen, daß die Tat — das historische Ereignis —, die schließlich zur Aburteilung gelangt trotz möglicher Abweichungen nach natürlicher Auffassung im wesentlichen die gleiche sein muß, wie die in der Anklageschrift und in dem Eröffnungsbeschluß geschilderte.

2. In dem besonderen, gerade im Hinblick auf die Wahlfeststellungen aus § 264 StPO. gefolgerten Sinn, daß Gegenstand der Urteilsfindung stets nur eine bestimmte Tat, ein feststehender, einheitlicher, geschichtlicher Vorfall sein kann. So sagt Nüse[2]): „Unter Identität der Tat versteht das RG., daß es sich um eine einheitliche Tat, ein konkretes, feststehendes historisches Geschehen handeln muß. Nur wenn dies der Fall ist, kann die Schuld des Angeklagten unter den weiteren (vom RG. aufgestellten) Voraussetzungen alternativ festgestellt werden, daß es sich um gleichwertige Begehungsarten eines einheitlichen, gesetzlichen Tatbestandes handelt, bei denen dieselbe Strafe vorgesehen ist." Daraus, daß § 264 I StPO. von „der Tat" (§ 267 StPO. von „der strafbaren Handlung") als Einzahl spricht, schloß das RG. und die früher herrschende Lehre[3]), daß niemals mehrere historische Ereignisse — unbestimmt welches — den Verstoß gegen

1) vergl. Rumpf, Strafrichter II S. 218/19 und zuletzt Schneydewyn bei Nüse, Problem, S. 71 (mit Beispiel).

2) Nüse, Problem, S. 52.

3) Ostern, a.a.O. S. 78, 79.

ein Strafgesetz begründen und damit Gegenstand der gleichen Aburteilung sein können. (Vergl. auch oben § 6 I).

II. Es fragt sich, ob man an dem Erfordernis der Nämlichkeit der Tat in dem oben aufgezeigten, 2. Sinn nach geltendem Recht festhalten kann, ob die Auslegung die man früher dem § 264 (267) StPO. zuteil werden ließ, notwendigerweise gebilligt werden muß.

Das ist zu verneinen:

a) Es würde dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 2b StGB. verfolgte, nämlich dem der „Verhütung ungerechter Freisprechungen“ [1]) und dem von ihm aufgestellten Grundsatz „nullum crimen sine poena“ [2]) widersprechen, wenn man die nunmehr ausdrücklich zugelassenen Wahlfeststellungen auf die Fälle mit einer einheitlichen Handlung im Sinne des § 264 StPO. beschränken wollte. Denn in einer Vielzahl von Fällen wahlweiser Feststellungen handelt es sich gerade um „mehrere Handlungen“ des Täters, von denen mit Sicherheit eine, unbestimmt welche, die verpönte Rechtsverletzung herbeigeführt hat; vergl. Beispiele § 4 Ziffer 2 und 3, S. 22 f. Würde man in diesen Fällen Wahlfeststellungen wegen der mangelnden „Tatidentität“ nicht zulassen, so müßten weiterhin eine Vielzahl zweifellos schuldiger Verbrecher aus rein prozessualen Erwägungen freigesprochen werden oder die Richter wären auch ferner zu unehrlichen Feststellungen gezwungen. Beides wäre für ein nationalsozialistisches Strafrecht, das den Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit über alle formalen Bedenken stellt, ein unerträgliches Ergebnis.

b) Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 2b StGB. geht hervor, daß der Gesetzgeber die Wahlfeststellung zwischen mehreren Taten i. S. von historischen Ereignissen zulassen wollte. Der Gesetzesvorschlag der amtlichen Strafrechtskommission lautete ausdrücklich [3]): „Steht fest, daß jemand durch eine Tat — gegen eines

1) Amtl. Begründungen S. 30.
2) Gürtners Bericht a.a.O. S. 215 f.
3) Gürtner, a.a.O. S. 215.

von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen. Das gleiche gilt, wenn feststeht, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, aber nicht festgestellt werden kann, durch welche von mehreren Handlungen." Der Gesetzgeber hat sich den zweiten Satz dieses Vorschlags einfach dadurch erspart, daß er den ersten Satz wörtlich übernahm und lediglich das Erfordernis „durch eine Tat" strich. Hieraus geht deutlich hervor, daß auch Wahlfeststellungen zwischen mehreren Taten zugelassen sind.

c. Bei der Auslegung des § 264 (267) StPO. durch das RG. und die früher herrschende wissenschaftliche Lehre handelte es sich um eine rein formale Wortinterpretation, die keineswegs logisch zwingend ist. Wenn der Gesetzgeber in dem genannten Paragraphen von der Tat (der strafbaren Handlung) spricht, so ist damit keineswegs ausgeschlossen, daß auch mehrere Handlungen alternativ die Gesetzesverletzung begründen und Gegenstand der Urteilsfindung sein können. Der Gesetzgeber hat vielmehr bei der Abfassung dieser Bestimmung nur die Normalfälle regeln wollen, ohne etwas über die Ausnahmefälle zu sagen, in denen mehrere Handlungen eine Gesetzesverletzung ergeben. Das geht deutlich aus den Materialien zur StPO.[1]) hervor, in welchen ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, daß die StPO. von der Regelung des Alternativitätsproblems absehen und die Austragung der Streitfrage der Wissenschaft überlassen wolle; ja, daß sich der Gesetzgeber bemüht habe, der StPO. eine Fassung zu geben, die die Stellung alternativer Fragen nicht ausschließe. Daß eine erweiternde Auslegung der angezogenen Bestimmung der natürlichen Auffassung entspricht, hat Nüse[2]) hinreichend dargetan. Auf diesem Standpunkt stehen auch die „Amtlichen Begründungen zu den Straf-

1) vergl. Hahn, a.a.O. S. 223.
2) Nüse, Problem, S. 45ff.

rechtsnovellen vom 28. Juni 1935“[1]), welche ausführen: „Nicht getroffen vom Entwurf werden die Fälle, in denen ein bestimmtes Strafgesetz durch eine von mehreren Handlungen verletzt ist, in denen sich aber nicht feststellen läßt, durch welche dieser Handlungen dies geschehen ist. Daß in solchen Fällen nicht Freispruch erfolgen darf, bedarf keiner Begründung, aber in ihnen dürfte der Richter auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu einer Verurteilung gelangen“.

III. Steht somit fest, daß an dem Erfordernis der Tatidentität im Sinne der Einheit und Bestimmtheit der dem Urteil zugrundeliegenden Handlung zum mindestens nach Einfügung des § 2b StGB. nicht festgehalten werden kann, so ist damit keineswegs gesagt, daß auch das Erfordernis der Tatnämlichkeit in dem allgemeinen Sinn der Uebereinstimmung der in der Anklageschrift bezw. dem Eröffnungsbeschluß bezeichneten Tat mit der des Urteils wegfallen muß. In diesem Sinne ist die Tatidentität, wie schon dargelegt, Grundlage unseres ganzen Strafverfahrens, eine der Hauptgarantien für die allgemeine Rechtssicherheit und unentbehrliches Schutzmittel für den möglicherweise unschuldigen Angeklagten. Sie besagt nichts anderes, als daß eine Person, die wegen einer bestimmten Tat angeklagt wurde und ihre ganze Verteidigung auf diese im Eröffnungsbeschluß geschilderte Tat eingestellt hat, in der Hauptverhandlung nicht plötzlich einer völlig anderen Tat beschuldigt und ohne Möglichkeit einer hinreichenden Verteidigung wegen derselben verurteilt werden darf. Das gilt aber nicht nur für eindeutige Verurteilungen, sondern um so mehr für wahldeutige, als bei diesen die Gefahr der Verurteilung eines Unschuldigen, wie der Gesetzgeber nicht verkannt hat, erheblich größer ist.

Wird z. B. im Eröffnungsbeschluß dem Angeklagten nur ein im Juni 1936 vor dem Landgericht abgeleisteter Meineid zur Last gelegt und kann sich das Schwurgericht

1) A.a.O. S. 32, s. oben S. 25.

in der Hauptverhandlung von der Schuld des Angeklagten nicht mit Sicherheit überzeugen, so darf es ihn, wenn sich herausstellt, daß er im März 1936 an das Amtsgericht eine eidesstattliche Versicherung einreichte, in der er das Gegenteil von dem unter Eid bekundeten behauptete, nicht ohne weiteres wahldeutig wegen Meineids oder falscher eidesstattlicher Versicherung verurteilen. Die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im März 1936 vor dem Amtsgericht ist eine von dem im Juni 1936 vor dem Landgericht geleisteten Eid völlig verschiedene Tat, deren der Angeklagte in der Hauptverhandlung vollkommen überraschend und unvorbereitet bezichtigt wird. Eine wahldeutige Verurteilung würde hier offensichtlich gegen § 264 StPO. verstoßen.

Durch die Einfügung des § 2b StGB. sollte der Angeklagte keineswegs aller, ihn vor ungerechter Verurteilung schützender Kautelen der StPO. beraubt werden. Die hohen Anforderungen, die § 267b StPO. an ein wahldeutiges Urteil stellt, zeigen im Gegenteil, daß der Angeklagte gerade bei wahlweiser Verurteilung vor einem richterlichen Irrtum besonders geschützt werden soll. Es hätte zum mindesten einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft, wenn der Gesetzgeber den § 264 StPO. in seiner allgemeinen Bedeutung für das Gebiet der Wahlfeststellungen nicht angewendet wissen wollte. Ein vernünftiger Grund für den Erlaß einer solchen Bestimmung ist aber nicht ersichtlich.

Hiernach ist die in den Erläuterungsbüchern und auch in den „Amtlichen Begründungen . . .“ gebrauchte, allgemeine Redewendung, daß sich § 2b StGB. über das Erfordernis der Identität der Tat hinwegsetze, ungenau und irreführend. § 264 StPO. gilt vielmehr in seinem wörtlichen Sinn auch für die Wahlfeststellungen gemäß §§ 2b StGB. 267b StPO.

IV. Aufgabe der folgenden Zeilen soll es sein den Gang des Verfahrens bei Wahlfeststellungen unter dem Gesichtspunkt der Tatidentität näher darzulegen.

a) In Fällen, in denen eine einheitliche Tat i. S. des

§ 264 StPO. den Gegenstand des Verfahrens bildet, tauchen auch bei Wahlfeststellungen keine Schwierigkeiten auf.

1. Als Besonderheit sei nur bemerkt, daß in diesen Fällen nach herrschender Ansicht[1]) auch die Anklageschrift und der Eröffnungsbeschluß alternativ gefaßt sein dürfen, obwohl eine dem § 170 a StPO. (Rechtsanalogie) entsprechende Vorschrift fehlt. Das wird folgerichtig aus dem Verhältnis von Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß zum Urteil geschlossen. Daß nach § 267 b StPO. der Urteilstenor eindeutig gefaßt sein muß, steht einer alternativen Fassung der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses m. E. deswegen nicht entgegen, weil die Gründe, die den Gesetzgeber zu dem Erlaß dieser Bestimmung bewegt haben — mangelnde Eindrucksfähigkeit bei der Urteilsverkündung und ungerechtfertigte Verdächtigung des Angeklagten in der Oeffentlichkeit — für die Anklageschrift und den Eröffnungsbeschluß nicht bezw. nicht in dem gleichen Maße zutreffen. §§ 200 I, 207 I StPO. stehen dem ebenfalls nicht[2]) entgegen; sie sind vielmehr entsprechend anzuwenden. Es müssen also in diesem Fall die verschiedenen in Frage stehenden Strafgesetze, wie die als erfüllt betrachteten, gesetzlichen Tatmerkmale in der Anklageschrift und im Eröffnungsbeschluß alternativ bezeichnet werden. Regelmäßig werden jedoch in diesen Fällen der einheitlichen Handlung Anklageschrift und Eröffnungsbeschluß eindeutig lauten, da für die Eröffnung des Verfahrens ein „hinreichend verdächtig" genügt, § 203 StPO.

2. Zieht dann der Richter in der Hauptverhandlung bei im wesentlichen gleichbleibendem Sachverhalt (Tatidentität) ein anderes Strafgesetz als möglicherweise verletzt in Betracht, so hat er den Angeklagten auch hier

1) Graf zu Dohna, a.a.O., S. 580; v. Dassel, a.a.O. S. 193; Schwarz, StPO., a.a.O. § 267b Anm. 1 A; Löwe-Nachtrag, Anm. zu § 267b.

2) Anderer Ansicht bezüglich verschiedener Taten offenbar Olshausen-Nachtrag, Anm. 8 zu § 2b StGB.

gemäß § 265 StPO. auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hinzuweisen. Das muß selbst dann geschehen, wenn schließlich die wahldeutige Verurteilung doch aus dem in der Anklageschrift bezeichneten Gesetz erfolgt, denn auch in diesem Fall ist das andere Gesetz mit angewendet und es muß dem Angeklagten die Möglichkeit gegeben werden, sich vor dem Verdacht der Verletzung desselben zu schützen[1]).

3. Ist die Anklageschrift alternativ gefaßt und sind nach den verschiedenen, in Betracht gezogenen Möglichkeiten verschiedene Gerichte, etwa die Strafkammer und das Schwurgericht, zuständig, so entsteht die Frage, bei welchem dieser Gerichte die Sache anhängig gemacht werden soll.

Von Dassel meint hiezu[2]):

„Bei dem geringsten Zweifel dieser Art das Verfahren vor dem höheren Gericht eröffnen zu müssen, oder die beim Untergericht anhängige Sache an das höhere verweisen zu müssen — beides wäre höchst unerfreulich, wenigstens dann, wenn die Alternativität im Urteil bestehen bliebe. Denn wirklich angewendet wird ja doch nur das mildere Gesetz."

Es ist davon auszugehen, daß bei einer alternativ gefaßten Anklageschrift der Angeklagte nicht nur der Begehung des mildesten Delikts, sondern auch des schwereren beschuldigt wird. Das erkennende Gericht hat in diesem Falle nicht nur zu prüfen, ob das mildeste Strafgesetz verletzt ist, sondern auch, ob nicht ein — vielleicht eindeutiger — Verstoß gegen das schwerere Strafgesetz vorliegt oder ob der Verstoß gegen dieses nicht etwa zu verneinen ist. Auch wenn schließlich im Urteil die Strafe der Anklageschrift entsprechend auf Grund wahldeutiger Feststellung aus dem mildesten, die Zuständigkeit des unteren Gerichts begründenden Strafgesetz entnommen wird, so hat das erkennende Gericht doch auch

1) Gleicher Ansicht: Graf zu Dohna, a.a.O. S. 580; Löwe-Nachtrag Anm. 3 zu 267b StPO. u. a.

2) A.a.O. S. 194.

über eine etwaige Verletzung des schwereren Strafgesetzes befunden. Diese Prüfung ist aber der Zuständigkeit des Untergerichts entzogen. Die Sache muß daher bei alternativ gefaßter Anklageschrift an dem Gericht anhängig gemacht werden, das zur Beurteilung des schwersten der in Frage stehenden Delikte zuständig ist.

Ergibt sich bei eindeutig gefaßter Anklageschrift in der Hauptverhandlung der begründete Verdacht, daß der Täter ein schwereres, wie das von der Staatsanwaltschaft angenommene Strafgesetz verletzt hat, das die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts übersteigt, so hat sich dieses nach § 270 StPO. für unzuständig zu erklären und die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen. Der Verdacht der Verletzung des schwereren Strafgesetzes ist aber immer dann gegeben, wenn das Gericht (gerade wegen des Verdachts!) zu einer eindeutigen Verurteilung nach dem in der Anklageschrift bezeichneten, milderen Gesetz nicht gelangen kann. Auch in diesem Fall muß daher Verweisung gemäß § 270 StPO. erfolgen.

Die Ansicht von Dassels, daß beim „geringsten Zweifel" die Sache am höheren Gericht anhängig gemacht oder an dieses verwiesen werden müßte, ist nicht stichhaltig, denn nach § 203 StPO. ist zur Eröffnung des Verfahrens bei dem Obergericht nicht ein „geringster Zweifel" ausreichend, sondern der Angeschuldigte muß des Deliktes entweder in eindeutiger oder wahldeutiger Weise „hinreichend verdächtig" sein. Dasselbe Erfordernis verlangt aber auch § 270 II StPO. von einem Verweisungsbeschluß, vergl. RG. 41, 408.

b) In Fällen, in denen mehrere Handlungen i. S. des § 264 StPO. alternativ konkurrieren, müssen wegen des Erfordernisses der Tatidentität die verschiedenen Taten grundsätzlich schon in der Anklageschrift geschildert werden.

Hat z. B. der Beschuldigte im Juni und im März 1936 in der gleichen Sache zwei sich widersprechende eidesstattliche Versicherungen abgegeben, von denen nicht fest-

gestellt werden kann, welche der Wahrheit entspricht, so muß die Anklageschrift wegen des Erfordernisses der Tatidentität beide Aussagen anführen. Ist dies nicht geschehen, so bildet nur die in der Anklageschrift bezeichnete Aussage den Gegenstand der Urteilsfindung und das Gericht müßte den Angeklagten, von dem es sicher weiß, daß er eine falsche eidesstattliche Versicherung abgegeben hat — fraglich welche! — mangels Beweises freisprechen. Ein untragbares Ergebnis!

1. In diesem Fall kann jedoch die in der Anklageschrift nicht erwähnte eidesstattliche Versicherung, falls die Voraussetzungen gegeben sind, durch Erweiterung der Anklage gemäß § 266 StPO. mit zum Gegenstand der Verhandlung und der Urteilsfindung gemacht werden. Der Angeklagte wird in diesem Fall zwar nicht wörtlich „noch einer anderen Tat beschuldigt, als wegen welcher das Hauptverfahren wider ihn eröffnet wurde", das Hauptverfahren ist vielmehr wegen des gleichen Delikts gegen ihn eröffnet worden. Nach herrschender Ansicht [1]) ist aber unter „Tat" in § 266 StPO. der geschichtliche Vorfall im Sinne des § 264 StPO. und nicht der materiellrechtlichen Vorschriften (§§ 73, 74 StGB.) zu verstehen. § 266 StPO. kann daher zur Herbeiziehung eines weiteren Vorfalls zwecks wahldeutiger Feststellung ohne Bedenken verwendet werden, obwohl der Gesetzgeber bei Schaffung dieser Vorschrift an solche Fälle offensichtlich nicht gedacht hat.

Die Erweiterung der Anklage ist auf diesem Wege jedoch nur zulässig, wenn der Angeklagte zustimmt und die Tat sich nicht als Verbrechen darstellt oder die Zuständigkeit des Gerichts überschreitet. Bei alternativ konkurrierenden Meineiden (§§ 153, 154 StGB.) könnte dieses Verfahren zur Ergänzung der Anklage z. B. wegen des Verbrechenscharakters der beigezogenen Tat nicht verwendet werden.

2. Sind in solchen Fällen nicht alle zur Wahl stehenden Ereignisse in der Anklageschrift angeführt, so

1) Schwarz, StPO. § 266 Anm. 1.

bleibt dem Staatsanwalt nur übrig, die Aussetzung der Verhandlung zu beantragen und eine sog. „Nachtragsanklage“ einzureichen, d. i. eine völlig neue, allen Anforderungen der StPO. genügende Ergänzungs-Anklageschrift, die als Besonderheit nur den Antrag auf Verbindung der in ihr bezeichneten Taten mit den schon anhängigen enthält. Sie wurde bisher im allgemeinen nur angewendet, wenn sich in der Hauptverhandlung der Verdacht weiterer, real konkurrierender, strafbarer Handlungen des Angeklagten ergab, die in demselben Verfahren mit abgeurteilt werden sollten. Nunmehr wird man sie auch zur Ergänzung von Anklageschriften zwecks wahlweiser Feststellung der in ihr enthaltenen Tat zulassen müssen, denn entweder man verzichtet auf das Erfordernis der Tatidentität, was nach den obigen Ausführungen wegen der schweren Benachteiligung des Angeklagten in seinen Verteidigungsmöglichkeiten und der damit verbundenen völligen Umwälzung unseres Strafverfahrens für das Gebiet der Wahlfeststellungen, abzulehnen ist, oder man gibt dem Staatsanwalt die Möglichkeit vielleicht erst in der Hauptverhandlung auftauchende, alternativ konkurrierende Taten in demselben Verfahren nachträglich anhängig zu machen. Würde das nicht geschehen, so müßte der Angeklagte wegen der anhängigen Tat, wie gesagt, mangels Beweises freigesprochen werden. In einem späteren Verfahren könnte er aber auch wegen der anderen, alternativ konkurrierenden Tat nicht verurteilt werden, weil auch für diese der eindeutige Nachweis fehlt und ein Zurückgreifen auf die erste Tat zwecks wahldeutiger Verurteilung nach dem Grundsatz “ne bis in idem“ verboten ist.

Der Freispruch eines zweifellos schuldigen Verbrechers aus rein verfahrenstechnischen Gründen ist aber für den nationalsozialistischen Rechtsstaat untragbar.

Die Schwierigkeiten, die sich für die Nachtragsanklage ergeben, liegen darin, daß die in ihr bezeichnete Handlung kein selbständiges Delikt im materiell-rechtlichen Sinn darstellt, sondern zur Verurteilung des Verbrechers nur im Zusammenhang mit der schon anhängigen

Tat führt. Eine völlig neue Anklageschrift, die beide Handlungen in alternativer Verbindung wiedergibt, ist aber unzulässig, weil die eine Handlung schon rechtshängig ist, RG. 52, 264; 67, 56. Das zweite Verfahren müßte nach dem Grundsatz der Prävention eingestellt werden[1]). Immerhin wird man für die ergänzende Nachtragsanklage annehmen können, daß der zur Eröffnung des Verfahrens gemäß § 203 StPO. erforderliche „hinreichende" Verdacht einer strafbaren Handlung gegeben ist, denn das Wesen der Wahlfeststellung zwischen 2 Taten liegt ja gerade darin, daß für jede der Taten der Verdacht besteht, sie habe tatsächlich die Rechtsverletzung herbeigeführt. Dieser Verdacht ergibt sich also schlechthin aus der Alternativität und es wird notwendig sein, in der Nachtragsanklage ausdrücklich auf den alternativen Zusammenhang mit der schon anhängigen Sache hinzuweisen. Aus der Alternativität ergibt sich auch der nach §§ 2, 4 StPO. für die Verbindung der beiden Sachen erforderliche Zusammenhang. Liegen auch bei der Wahlfeststellung zwischen mehreren Handlungen des Verbrechens nicht mehrere „strafbare Handlungen" im Sinne des § 3 StPO. vor, denn die verschiedenen zur Wahl stehenden Taten begründen regelmäßig nur ein Delikt, so wird man doch die Vorschriften über die Verbindung mehrerer Strafsachen entsprechend anzuwenden haben.

Ist z. B. der Täter vor der Strafkammer einer falschen eidesstattlichen Versicherung angeklagt worden und läßt sich in der Hauptverhandlung keine eindeutige Verurteilung ermöglichen, da ein starker Verdacht dafür besteht, daß der Angeklagte einen (den Angaben in der eidesstattlichen Versicherung widersprechenden) Meineid geleistet hat, so wird der Staatsanwalt zweckmäßig die diesbezügliche Nachtragsanklage an das Schwurgericht einreichen und dort gemäß § 4 StPO. die Verbindung mit der Strafkammersache beantragen.

1) vergl. RG. 29, 178; 55, 187, Löwe-Komm. Vorbem. 19a zu § 151 StPO.

Ich glaube, daß man in der geschilderten Weise mit Hilfe der Nachtragsanklage in allen Fällen zu einer wahldeutigen Verurteilung gelangen kann und nie wegen der Schwierigkeiten, die bei Wahlfeststellungen durch das Festhalten an dem Erfordernis der Tatidentität entstehen, einen zweifellos schuldigen Rechtsbrecher freizusprechen braucht.

III. Teil.

Die Anwendung des § 2 b StGB. (§ 267 b StPO.) und Rechtsfolgen.

§ 9. Das „mildeste" Strafgesetz.

I. Unter den Anhängern der Wahlfeststellungen herrschte seit jeher darüber Uebereinstimmung, daß nach dem Grundsatz „in dubio mitius" bei wahldeutiger Verurteilung die Strafe aus dem mildesten der in Frage stehenden Gesetze zu entnehmen ist. Das hat auch der Gesetzgeber anerkannt, indem er in § 2b StGB. bestimmte, daß „der Täter, aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen" ist.

Dagegen können Zweifel darüber bestehen, welches Gesetz im Einzelfall als das mildeste anzusehen und daher der Bestrafung zugrunde zu legen ist. Nach der bisherigen Auslegung des StGB. stehen uns zur Beantwortung dieser Frage die verschiedensten Grundsätze zur Verfügung und in der Tat werden von den wenigen Erläuterungswerken zu § 2 b StGB. und der neuesten reichsgerichtlichen Rechtsprechung die verschiedensten Auffassungen vertreten;

a) Graf zu Dohna [1]) geht bei Beurteilung unserer Frage von der gesetzlichen Regelung der Idealkonkurrenz in § 73 StGB. aus. Nach seiner Ansicht stellt § 2 b StGB. „der Sache nach die Umkehrung des in § 73 angewandten

1) A.a.O. S. 581.

Prinzips dar. Die geringfügige Abweichung in der Formulierung desselben möchte er („ich") für bedeutungslos halten. „Er kommt zu dem grundsätzlichen Ergebnis, daß gemäß den von der Rechtsprechung und Rechtslehre in Anschluß an § 73 StGB. aufgestellten Prinzip die abstrakten Strafdrohungen miteinander zu vergleichen sind. Im einzelnen beantwortet sich nach ihm die Frage, welches das mildeste Gesetz ist, durch Umkehrung der von der Wissenschaft und Rechtsprechung für § 73 StGB. gewonnenen Erkenntnisse. Hiernach würde sich beim Vergleich von ungleichartigen Strafdrohungen folgende Reihenfolge ergeben: Geldstrafe, Haft, Festung, Gefängnis, Zuchthaus, Todesstrafe. Jede Freiheitsstrafe wäre also strenger als Geldstrafe und ein Tag Gefängnis schwerer als der Höchstbetrag der Festungsstrafe.[1]). Bei gleichartigen Strafdrohungen würde in Umkehrung der Ergebnisse zu § 73 StGB. „das denkbar mildeste Maß in Betracht zu ziehen sein."[2]) Im Gegensatz zur Rechtsprechung des RG.[3]) zu § 73 StGB. will Graf zu Dohna für § 2b StGB. mildernde Umstände berücksichtigt wissen:[2]) „Hier wäre es völlig ungereimt, die mildere Strafe des herabgesetzten Strafrahmens deshalb außer Betracht zu lassen, weil der Grundstrafrahmen ein höheres Strafmaximum aufweist. Oder sollte wirklich ein Beamter, der schuldig erachtet worden ist, für eine Amtspflichtverletzung Geschenke angenommen oder aber amtliche Gelder unterschlagen zu haben, deshalb mindestens 3 Monate ins Gefängnis wandern müssen, weil § 350 gegenüber § 332 den niedrigen ordentlichen Strafrahmen aufweist, auch wenn der Fall derart milde liegt, daß der Täter bei eindeutiger Feststellung des Bestechungstatbestandes vielleicht mit einer Woche davongekommen wäre? Und sollte, wer sich entweder der Beamtennötigung oder der einfachen Erpressung schuldig gemacht hat, deshalb nicht mit einer Geldstrafe belegt werden dürfen, weil nach § 114 die Geld-

1) Frank a.a.O. S. 73 Anm. IV 2.
2) Graf zu Dohna, a.a.O. S. 583, 585.
3) RG. 53, 47; 54, 29.

strafe nur im Falle der Zubilligung mildernder Umstände an die Stelle einer Gefängnisstrafe von mindestens 3 Monaten tritt, während in § 253 die Gefängnisstrafe im ordentlichen Strafrahmen bis auf 1 Monat herabreicht? Dabei würde ja doch vollkommen übersehen, daß der Angeklagte nur eines der beiden Delikte wirklich begangen hat. Eine Theorie, die an diesem entscheidenden Punkt versagt, kann nicht als richtig gelten."

Graf zu Dohna hat hier das Prinzip der abstrakten Vergleichung der Strafdrohungen für das Gebiet der Wahlfeststellungen selbst ad absurdum geführt. Entweder man zieht immer die Strafdrohung für mildernde Umstände zum Vergleich mit dem alternativ konkurrierenden Strafgesetz heran, dann kann ein Verbrecher nach dem Gesetz, welches mildernde Umstände vorsieht, verurteilt werden, ohne daß sie ihm im Einzelfall zugebilligt werden und obwohl beim Vergleich der ordentlichen Strafrahmen das andere Gesetz hätte angewendet werden müssen, oder man bestimmt das mildeste Gesetz allgemein nach dem Grundstrafrahmen, dann kann man einem Verbrecher, der mildernde Umstände verdient und bei eindeutiger Verurteilung auch erhalten hätte, diese nicht gewähren, weil nach der Grundstrafdrohung das andere Gesetz angewendet werden muß. In keinem Fall wird man bei alleiniger Vergleichung der abstrakten Strafrahmen den Erfordernissen der konkreten Wirklichkeit des abzuurteilenden Einzelfalles gerecht. Auf die sonstigen Schwierigkeiten, die nach Graf zu Dohna bei Vergleichung der abstrakten Strafdrohungen auftauchen, insbesondere hinsichtlich der Einreihung der Tatbestände unter Verbrechen oder Vergehen, was für die Wahlfeststellungen wegen der etwaigen Ungleichartigkeit der in Frage stehende Strafrahmen von Bedeutung sein kann, soll hier nicht näher eingegangen werden. Die meisten Schriftsteller[1]) und das RG.[2]) lehnen die abstrakte Ver-

1) vergl. Zeiler, D. J. 1934, S. 906, Hubernagel a.a.O. S. 332 Nr. 3.

2) vergl. RG. 70, 281.

gleichung der Strafdrohungen als wirklichkeitsfremd und den Erfordernissen der materiellen Gerechtigkeit nicht entsprechend ab.

b) Im Anschluß an die ursprüngliche Rechtsprechung des RG.[1]) zur Frage des „mildesten" Strafgesetzes bei Wahlfeststellungen gemäß § 2b StGB. verweisen die Erläuterungsbücher auf die Ergebnisse der Rechtsprechung zu § 2 Abs. II StGB. a. F. (§ 2a Abs. II StGB. n. F.), wonach „bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden" war bezw. angewendet werden kann; so der Frank-Nachtrag auf die Anmerkung IV zu § 2 StGB. a. F. der 18. Auflage des Kommentars, der Olshausen-Nachtrag auf die Noten 18 bis 25 zu § 2 StGB. a. F. in der 11. Auflage des Hauptwerkes.

In der Tat stimmt schon äußerlich in der Formulierung der § 2 Abs. II a. F. und § 2a Abs. II n. F mit § 2b StGB. fast völlig überein. Auch sind nach der Rechtsprechung des RG. und der herrschenden Lehre[2]) bei der Ermittlung des mildesten Gesetzes gem. § 2a Abs. II StGB. die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, was gegenüber dem unter a) besprochenen Prinzip einen wesentlichen Fortschritt bedeutet. So sagt Frank in Anm. IV. zu § 2 StGB. a. F.: „Mildestes Strafgesetz ist dasjenige, dessen Anwendung auf den konkreten Fall das für den Täter günstigste Ergebnis herbeizuführen vermag."; Köhler, Lehrb. S. 115: „Als günstigstes Gesetz gilt dasjenige, nach welchem der Täter im Einzelfall am besten wegkommt"; ähnlich Mezger u. A. Um die Ansicht des RG. näher darzulegen, sei noch Schwarz[3]) zitiert: „Die Frage des mildesten Gesetzes ist unter Vergleich der in Betracht kommenden Vorschriften einheitlich danach zu beantworten, ob die Gesamtheit der in jedem Gesetze angedrohten Strafnachteile die dem Täter günstigste Beurteilung der Tat nach den

1) vergl. RG. 68, 257 (JW. 1934, 2049 mit Anm. von Schaffstein; insbes. letzter Abs.) und RG. 69, 373.
2) vergl. Frank a.a.O. Anm. IV zu § 2 StGB. a. F.
3) Schwarz, StGB. Anm. 2 B zu § 2a StGB. n. F.

besonderen Umständen zuläßt RG. 64, 362; . . .sind die Tatbestände des alten und des neuen Gesetzes erfüllt, so ist zu prüfen, welche Strafdrohung zu einer milderen Beurteilung führt RG. 61, 136. Oft wird sich dann das mildeste Gesetz schon aus der Vergleichung der beiden Strafrahmen ergeben RG. 61, 324; doch nicht immer genügt solche abstrakte Vergleichung der Tatbestände oder Strafdrohungen, vielmehr kommt es darauf an, welches Gesetz im konkreten vorliegenden Fall die mildeste Beurteilung zuläßt RG. 61, 135; . . zuerst sind die Hauptstrafen miteinander zu vergleichen erst wenn sich daraus das mildeste Gesetz nicht ergibt, auch die Nebenstrafen" . . .

Wie diese Anführungen zeigen, ist die Stellungnahme des RG. zu der Frage, wie das mildeste Gesetz nach § 2 a StGB. ermittelt werden soll, keine einheitliche. Auch die von den Erläuterungswerken und Lehrbüchern angegebenen Formeln stellen nur einen Kompromiß dar zwischen dem unter a) geschilderten Prinzip der Vergleichung der abstrakten Strafrahmen und dem unten unter c) wiedergegebenen Grundsatz der Vergleichung der im Einzelfall verwirkten konkreten Strafen. Für die Fälle des § 2 a Abs. II StGB. kann man mit dieser Zwischenlösung zweifellos immer zu gerechten Ergebnissen kommen, weil es sich bei den zeitlich verschiedenen Gesetzen stets um solche mit gleichem oder nur geringfügig geändertem Tatbestand handeln wird und die „besonderen Umstände des Einzelfalles" nur eine untergeordnete Rolle spielen. Ergibt sich jedoch bei Berücksichtigung der „besonderen Umstände des Einzelfalles" d. h. der konkreten Sachlage ausnahmsweise eine andere Beurteilung, als bei der reinen Vergleichung der abstrakten Strafrahmen, so geht diese nach herrschender Lehre zugunsten des Angeklagten vor.

Im Gegensatz hierzu kann man m. E. mit der Kompromißlösung, wie sie die Rechtsprechung und Rechtslehre im Anschluß an § 2 Abs. II StGB a. F. herausgebildet hat, bei den Wahlfeststellungen zu keiner befriedigenden Lösung der Frage nach dem „mildesten Straf-

gesetz“ gelangen. Hier handelt es sich nicht um die Auswahl zwischen zwei mehr oder weniger übereinstimmenden Strafgesetzen, die auf die gleiche, eindeutig feststehende Handlung Anwendung finden, sondern um völlig verschiedene Möglichkeiten des Tatablaufes, die auch rechtlich in der verschiedensten Weise zu beurteilen sind. Bei diesen völlig verschiedenen Delikten i. S. der §§ 73, 74 wird der reine Vergleich der abstrakten Strafdrohungen und der Vergleich der Strafen, die unter „Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles“ zu verhängen wären, weit häufiger zu widersprechenden Ergebnissen führen. Wir müssen uns deshalb für eine der beiden Methoden grundsätzlich entschließen.

c) Dem nationalsozialistischen Streben nach materieller Gerechtigkeit entspricht am meisten der Grundsatz der Vergleichung der im Einzelfall konkret verwirkten Strafen, denn der Richter hat bei den Wahlfeststellungen nicht zwischen Gesetzen zu wählen, sondern zwischen verschiedenen Handlungen, die sich in seiner Vorstellung als möglicherweise vorgefallen widerspiegeln und von denen sich eine bestimmt, fraglich welche in Wirklichkeit zutrug. Er kommt der Wirklichkeit am nächsten, wenn er für jede dieser Handlungen die nach seiner Ansicht verwirkte Strafe aussetzt und das mildeste Gesetz durch den Vergleich dieser Strafen ermittelt. Dieses Verfahren der Vergleichung der „in concreto verwirkten Strafen“ ist gesetzgeberisch in § 74 StGB. für in Tateinheit begangene Handlungen verankert. Trotz des anfänglichen Hinweises auf § 2 Abs. II StGB. a. F. wird es in der Praxis auch vom RG. mit Recht angewendet:

So sagt der 1. Strafsenat in seinem Urteil v. 24. September 1935 noch etwas schwankend[1]):

„Die Frage nach dem mildesten Gesetz ist im allgemeinen nicht anders zu beurteilen als für den früheren § 2 Abs. II StGB. Da aber die sittliche und strafrechtliche Wertung weit auseinanderliegen kann, je nachdem

1) vergl. RG. in JW. 1936, 193 mit zustimmender Anmerkung Schaffsteins (RG. 69, 369, 373).

der eine oder der andere Tatbestand anzunehmen wäre, kann der Richter nur dann das mildeste Gesetz richtig ermitteln, wenn er die mehreren Möglichkeiten streng auseinanderhält und sich fragt, welche Strafe er für angemessen halten würde, wenn die eine oder die andere Handlung zweifelsfrei nachgewiesen wäre.... Widersprüche, die sich bei einer derartigen Anwendung des mildesten Gesetzes und des § 267 b StPO. für den Fall mehrerer an der Tat Beteiligter in der Urteilsformel ergeben können sind nur scheinbar und müssen hingenommen werden".

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Angeklagte A, die schwanger war, hatte sich durch Vermittlung der Angeklagten B an die Angeklagte C gewandt, um sich von dieser die Frucht abtreiben zu lassen. Die C nahm in der Wohnung der B zum mindesten abtreibungsähnliche Handlungen vor. Die Frucht ging nicht ab. Die A wurde wegen Abtreibungsversuchs rechtskräftig verurteilt. Die B und die C behaupteten, die C habe an der A keine wirklichen Abtreibungshandlungen vorgenommen, sondern ihr solche im Einvernehmen mit der B nur vorgespiegelt, um in den Besitz des vereinbarten Entgelts zu kommen. Das Landgericht hielt diese Einlassung für unwahrscheinlich, jedoch nicht für ausgeschlossen. Da der wahre Sachverhalt nicht aufzuklären war, entschied das RG., daß die B und die C auf Grund wahldeutiger Feststellungen verurteilt werden müssen. Bei der C liege entweder versuchte Abtreibung vor (§ 263 StGB.), bei der B Beihilfe zur versuchten Abtreibung (§§ 218, 43, 49 StGB.) oder Beihilfe zum Betrug (§§ 263, 49 StGB.) Zur Frage nach welchem Gesetz die B und die C gemäß § 2 b StGB. zu verurteilen sind, bemerkte das RG. ausdrücklich, daß die Möglichkeit bestehe, die C auf Grund der Bestimmungen über den vollendeten Betrug zu bestrafen, die B dagegen wegen Beihilfe zum Abtreibungsversuch . . ." Die Angeklagte C war schon früher wegen Abtreibung zu einer schweren Zuchthausstrafe verurteilt worden. Hätte das Landgericht nunmehr

die eindeutige Feststellung treffen können, daß diese Angeklagte wieder ein solches Vergehen begangen habe, so konnte es zu dem Ergebnis kommen, daß hierfür innerhalb des für den Abtreibungsversuch bestimmten Strafrahmens, der niedriger ist, als der für vollendeten Betrug, eine höhere Strafe zu verhängen wäre als unter der Annahme, die Angeklagte sei eindeutig eines vollendeten Betrugsvergehens überführt. In diesem Falle wäre also die für den Betrug angemessene Strafe maßgebend, und danach bestimmte sich gemäß dem § 267b StPO., welches Strafgesetz in der Urteilsformel als das verletzte zu bezeichnen sei. Umgekehrt könnte es möglicherweise bei der Angekl. B liegen, indem auch bei ihr die Strafe bestimmt würde, die bei ihren besonderen persönlichen Verhältnissen, namentlich etwa unter Berücksichtigung des Beweggrundes ihrer Tat, für die eine und für die andere strafbare Handlung angemessen wäre. Dabei könnte also das LG. zu dem Ergebnis kommen, daß ihre Tat, sofern sie zweifelsfrei Beihilfe zu einer versuchten Abtreibung wäre, mit einer milderen Strafe geahndet werden müßte, als wenn eindeutig Beihilfe zum vollendeten Betrug anzunehmen wäre. In diesem Fall wäre dann die B der Beihilfe zum Versuch der Abtreibung schuldig zu sprechen.

Das RG. stellt sich hier also endgültig auf den Standpunkt, daß bei Wahlfeststellungen das „mildeste" Gesetz durch Vergleichung der „in conreto verwirkten Strafen" zu ermitteln ist, obwohl es einige unerfreuliche Folgerungen aus diesem Grundsatz nicht verkannte.

So wird in der obigen Entscheidung für die Wahlfeststellungen der Grundsatz der „Accessorietät der Beihilfe" weitgehend durchbrochen. Die Haupttäterin soll wegen vollendeten Betrugs bestraft werden, die Gehilfin der gleichen Tat wegen Beihilfe zum Abtreibungsversuch. Aus den weiteren Urteilsgründen geht allerdings hervor, daß die B bereit war auf alle Fälle Beihilfe zu leisten, gleichgültig, ob zur Abtreibung oder zum Betrug. Hätte die B dagegen nur zur Abtreibung Hilfe leisten wollen und wäre die C wahldeutig wegen Abtreibungsver-

such oder Betrugs verurteilt worden, so hätte die B freigesprochen werden müssen, da die Straftat, zu der sie Beihilfe leisten wollte, nicht mit Sicherheit nachzuweisen war. Die Unstimmigkeiten, die sich in solchen Fällen ergeben, werden noch durch die Bestimmung des § 267b StPO. hervorgehoben, daß der Angeklagte im Urteilstenor der Wahrheit zuwider eindeutig der Verletzung des anzuwendenden Strafgesetzes schuldig zu sprechen ist. Der unbefangene Zuhörer kann es nicht begreifen, daß auf Grund der gleichen Handlung der eine wegen Betrugs der andere wegen Abtreibungsversuchs verurteilt wird. Würde man die Urteilsformel wahrheitsgetreu wahldeutig fassen, so könnte dieser Mißstand nicht auftreten[1]).

Die Art der Ermittlung des mildesten Gesetzes im vorliegenden Urteil wird nur vom Olshausen-Nachtrag[2]) angegriffen. Dieser hält für die Ermittlung des mildesten Gesetzes an den Grundsätzen, die Rechtslehre und Rechtsprechung in Anschluß an § 2 Abs. II StGB a. F. entwickelt haben, mit der Begründung fest[2]), daß „der vom Gesetzgeber in § 2b erteilte Auftrag unzweideutig auf die Anwendung des mildesten Gesetzes gehe und das Gericht deshalb an den Vergleich der Gesetze gebunden sei". Es dürfe daher nicht so vorgehen, „daß es erwägt, welche Strafe es für verwirkt ansehen würde, wenn zweifellos der eine, welche, wenn der andere Tatbestand nachgewiesen wäre und daß es dann ungeachtet der Unterschiede in den Strafdrohungen der mehreren Gesetze dasjenige anwendet, bei dessen Anwendung nach seiner Ansicht wegen der Strafzumessungsgründe, die auf den dieses Gesetz erfüllenden Tatbestand zutreffen, die mildere Bestrafung veranlaßt wäre."

Olshausen hält sich meines Ermessens zu eng an den Wortlaut des Gesetzes und zu wenig an dessen Sinn. Der Sinn des § 2b StGB. geht zweifelsfrei dahin, daß der Täter nicht strenger bestraft werden soll, als im mildesten Falle bei eindeutiger Verurteilung, weil sich der

1) Gleicher Ansicht Schaffstein in JW. 1936, 193.
2) A.a.O. Anmerkung 6 zu § 2b.

mildeste Fall möglicherweise tatsächlich ereignet hat. Hierbei kann es im Interesse der Gerechtigkeit nie auf die abstrakten Strafdrohungen der in Frage stehenden Gesetze ankommen, da deren Vergleichung im Einzelfall zu härterer Bestrafung führen kann, als sie der Täter nach den Gesamtumständen bei eindeutiger Verurteilung tatsächlich verdient hat. Zu Ergebnissen, die der tatsächlichen Rechtslage im Einzalfall gerecht werden, kommt man nur durch Vergleichung der „verwirkten Strafen"; an einer abstrakten Vergleichung von Gesetzen ist die Rechtsprechung, die dem Einzelfall gerecht werden muß, und auch der Angeklagte, für den sich eine etwaige unterschiedliche Beurteilung sehr unangenehm auswirken kann, nicht interessiert. Der Gesetzgeber hat offenbar bei Abfassung des § 2b StGB. an eine mögliche Divergenz zwischen dem Vergleich der abstrakten Gesetze und der konkret verwirklichten Strafen nicht gedacht und die zu irrtümlicher Auslegung Anlaß gebende derzeitige Fassung nur der Kürze halber gewählt. Statt „aus dem mildesten Gesetz", müßte es daher besser heißen „aus dem Gesetz, das zur mildesten Bestrafung führt", denn dieses ist im Einzelfall — und nur auf diesen kommt es an — das mildeste. —

Um darzutun, daß es sich bei der oben besprochenen Entscheidung des RG. nicht um einen Ausnahmefall handelt, sondern daß das RG. allgemein auf dem Standpunkt steht, daß nur die Vergleichung der „in concreto verwirkten Strafen" zu einem gerechten Ergebnis im Sinne des § 2b StGB. führen kann, sei auf die — auch wegen des Fortsetzungszusammenhanges mit eindeutig erwiesenen Straftaten interessante — Entscheidung des 2. Senats v. 6. August 1936 (2 D 461/36, abgedr. in RG. 70, 281, JW. 36, 2993) hingewiesen, wo ein Strafkammerurteil wegen lediglich abstrakter Vergleichung der Strafrahmen als gegen § 2b StGB. verstoßend aufgehoben wurde.

II. Da nach den obigen Ausführungen bei wahldeutigen Verurteilungen festzustellen ist, welche Strafe im gegebenen Falle angemessen wäre, wenn zweifelsfrei eindeutig die eine Handlung und welche Strafe, wenn ein-

deutig die andere Handlung nachgewiesen wäre und der Täter dann aus dem, durch Vergleichung der verwirkten Strafen zu ermittelnden, mildesten Gesetz zu bestrafen ist, liegt es nahe auch tatsächich in vollem Umfange auf die so ermittelte Strafe zu erkennen, denn Grundlage der Bestrafung bildet hiernach nicht das mildeste Strafgesetz im abstrakten Sinne, sondern die geringfügigste Handlungsweise des Täters im Sinne von § 74 StGB. Es stehen sich bei den Wahlfeststellungen, wie wir oben gesehen haben, nicht verschiedene Gesetze, sondern grundlegend verschiedene Handlungen i. S. des § 264 StPO. oder zum mindesten rechtlich verschieden bewertete Ablaufsmöglichkeiten einer solchen Handlung gegenüber. Entspricht es der materiellen Gerechtigkeit, daß der Richter die geringfügigste Tat i. S. des § 74 StGB. zur Grundlage für die Bestrafung macht, so scheint es der Gerechtigkeit nicht weniger zu entsprechen, wenn er die für das geringste Delikt bei eindeutiger Verurteilung verwirkte Strafe auch bei wahldeutiger Verurteilung ausspricht, denn der Täter hat zum mindesten diese, wenn nicht eine schwerere verdient. Würden hiernach bei eindeutiger Verurteilung wegen des geringsten Deliktes Nebenstrafen oder Nebenfolgen oder Maßregeln der Sicherung und Besserung ausgesprochen werden, auf die bei eindeutigem Nachweis des schwereren Delikts nicht erkannt werden könnte, so müßte nach dem Grundsatz der konkreten Strafzumessung auch bei wahldeutiger Verurteilung wegen des geringfügigsten Deliktes auf diese erkannt werden. Das kann man vielleicht auch aus folgenden Ausführungen des RG.[1]) schließen:

„Nach dem Sinne des § 2b StGB. ist die Strafe nicht nur in den Grenzen des Strafrahmens zu halten, das dem mildesten Gesetz entspricht, sondern die Strafe ist überhaupt so zu bemessen, wie wenn der Täter den Tatbestand des mildesten Gesetzes verwirklicht hätte."

1) Urteil v. 1. Februar 1937, 5 D 1000/36, abgedr. in JW. 37, 1159, RGSt. 71, 44.

M. E. geht jedoch eine derartige Folgerung, die sich zwar aus der konsequenten Durchführung des Grundsatzes der konkreten Strafzumessung ergibt, zu weit. Sie widerspricht dem Wesen der Wahlfeststellungen, denn Kennzeichen derselben ist, daß weder das mildere Delikt, nach dem sich die Strafe bestimmt, noch das schwerere mit Sicherheit nachgewiesen ist. Sieht aber das im Einzelfall mildere Strafgesetz Nebenstrafen und Nebenfolgen vor, die das strengere nicht kennt, so entspricht es wegen der Zweifel, welches Gesetz wirklich verletzt worden ist, der Gerechtigkeit und dem Grundsatz „in dubio mitius", wenn solche Nebenstrafen und Nebenfolgen nicht angeordnet werden, selbst wenn dies bei eindeutiger Verurteilung wegen des milderen Deliktes geschehen wäre. Es dürfen also Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßregeln der Sicherung und Besserung nur dann angeordnet werden, wenn sie bei sämtlichen als verletzt in Betracht kommenden Strafgesetzen vorgesehen sind[1]) und — nach dem Grundsatz der konkreten Strafzumessung — auch in jedem der zur Wahl stehenden Fälle tatsächlich angeordnet worden wären[2]).

Der oben angeführten RG.-Entscheidung lag folgender Fall zugrunde:

Betrug oder versuchte, gewerbsmäßige Abtreibung? Der Angeklagte A hat sich nach seinen eigenen, unwider-

1) Gleicher Ansicht: Zeiler, Deutsche Justiz 1934, 907; Graf zu Dohna, a.a.O. S. 582; RG. 68, 257.

2) Anderer Ansicht ist der Frank-Nachtrag in Anm. III 3 zu § 2b StGB., der „die Verschiedenheit der Zulassung solcher Nebenstrafen und Nebenfolgen aus dem einen oder anderen Gesetz nur im Rahmen der Prüfung der Frage, welches Gesetz das mildeste ist, Berücksichtigung finden" lassen will. Was für Nebenstrafen und Nebenfolgen gilt, muß auch für Maßregeln der Sicherung und Besserung gelten. Gerade bei diesen einschneidenden Maßnahmen zeigt es sich aber, daß die Ansicht des Frank-Nachtrages nicht gebilligt werden kann, da sonst möglicherweise über jemand eine schwerwiegende Maßnahme, wie die Unterbringung in einer Irrenanstalt verhängt werden könnte, der bei eindeutiger Aufklärung des Sachverhalts eine solche Anstalt von innen nie zu sehen bekommen hätte.

legbaren Angaben entgegen seinen wahren Absichten gegenüber der Schwangeren B bereit erklärt, ihr die Frucht abzutreiben und so das vorauszuzahlende Entgelt von 25 RM herausgeschwindelt. Später nahm er dann auch mit verschiedenen Spritzen abtreibungsähnliche Handlungen vor. Das Schwurgericht vermutete, daß er tatsächlich versuchte die Frucht abzutreiben.

Das RG. führte in den Gründen des aufhebenden Urteils aus, daß sich bei wahldeutiger Verurteilung die Strafe in den Grenzen des Strafrahmens für das mildeste Delikt (hier Betrug) zu halten habe und daß der Verdacht der nicht erwiesenen schwereren Handlung bezw. ein Leugnen derselben bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden darf. Hiernach beruhe unter anderem die Einziehung der beschlagnahmten Injektions- und Gebärmutterspritzen auf einem Rechtsirrtum, da der Angeklagte die Spritzen zur Begehung des Betrugs weder gebraucht noch bestimmt habe (§ 40 StGB.), der Betrug vielmehr schon vor Benutzung der Spritzen vollendet gewesen sei.

Wäre in diesem Fall der Abtreibungsversuch für den Angeklagten das mildere Delikt gewesen und deshalb dieser zur Grundlage der Bestrafung gemacht worden, so hätte die Einziehung der verwendeten Spritzen gleichfalls nicht angeordnet werden dürfen, da sie bei einer eindeutigen Bestrafung wegen Betrugs nicht zulässig gewesen wäre und bei lediglich wahldeutiger Verurteilung nicht nachgewiesen ist, ob der Täter tatsächlich einen Abtreibungsversuch oder einen Betrug begangen hat.

§ 10. Folgerungen aus wahldeutigen Verurteilungen.

Es liegt im Wesen der Wahlfeststellungen, daß dem Täter weder die eine, noch die andere der in Frage stehenden Straftaten mit Sicherheit nachgewiesen werden kann. Keine dieser Taten wird im Urteil rechtskräftig festgestellt. Daran ändert auch § 267b Abs. I StPO. nichts, der die Tatsache der lediglich wahldeutigen Verurteilung äußerlich durch die Anordnung zu verschleiern sucht,

daß der Täter in der Urteilsformel nur eindeutig der Verletzung des nach § 2b StGB. anzuwendenden Strafgesetzes schuldig zu sprechen ist. Bei etwaigen Folgerungen, die aus der Verurteilung zu ziehen sind, darf der Richter immer nur den wahren Sachverhalt berücksichtigen. Hieraus ergibt sich folgendes:

I. Eine wahldeutige Verurteilung kann nicht rückfallbegründend sein, wenn nur eine der in Frage stehenden Taten die Rückfallvoraussetzungen erfüllt. Das gilt selbst dann, wenn der Täter gemäß § 267b StPO. in der Urteilsformel gerade dieser Tat schuldig gesprochen wurde. Es steht bei wahldeutiger Verurteilung nicht fest, daß er diese Tat auch wirklich verübt hat. Die frühere Begehung der Tat ist aber Voraussetzung für die Anwendung der gesetzlichen Rückfallbestimmungen [1]). Das entspricht nicht nur dem Sinn dieser Bestimmungen, sondern geht auch aus dem Wortlaut der §§ 244, 264 StGB.[2]) hervor. § 244 StGB. spricht ausdrücklich davon, daß der Täter „abermals eine dieser Handlungen begangen hat", in § 264 StGB. ist von „darauf begangenem Betrug" und „abermals begangenem Betrug" die Rede. Wenn nach herrschender Meinung[3]) bei eindeutiger Verurteilung wegen der rückfallbegründenden Vortat unwiderlegbar vermutet wird, daß diese tatsächlich begangen wurde und eine sachliche Nachprüfung, ob die Verurteilung zu Recht erfolgte, nicht mehr möglich ist, so entspricht das nur der Rechtskraftwirkung des eindeutigen Urteils, ohne etwas über die gesetzlichen Rückfallvoraussetzungen zu sagen. Das wahldeutige Urteil hat aber diese, die Tat mit Sicherheit bejahende Wirkung nicht, da es — nach der gegenwärtigen Fassung des § 267b StPO. wenigstens in den Gründen — feststellt, daß der Täter sowohl die rückfallbegründende Tat, wie auch eine andere begangen haben kann. Die von Staks in JW. 1935, 2939 und von Schwarz StGB.

1) A. A. Staks, s. Anm. 3.

2) vergl. auch den Tatbestand von § 261 StGB.

3) vergl. Schwarz, § 244 StGB. Anm. 2A; Frank, § 244 StGB. Anm. II 1.

§ 2b Anm. 2 Ba vertretene gegenteilige Ansicht[1]) kann daher nicht anerkannt werden.

Die Verwertung einer wahldeutigen Verurteilung als rückfallbegründend ist aber dann zulässig, wenn sämtliche Alternativen die Rückfallvoraussetzungen erfüllen. Ist der Täter z. B. wahldeutig wegen Diebstahls oder Hehlerei vorbestraft, so kann dieses Urteil bei einem neuerlichen Diebstahl gemäß § 244 StGB. als rückfallbegründend mit herangezogen werden, denn jede der fraglichen Taten würde bei eindeutiger Verurteilung die gesetzlichen Voraussetzungen für den Rückfalldiebstahl erfüllen[2]).

II. Bei den strafbaren Nachtaten (§§ 257 f. StGB.) ist zu prüfen, ob die Vortat nach all ihren etwaigen, in einem wahldeutigen Urteil festgestellten Alternativen die Bestrafung des Nachtäters zuläßt. Nach dem Grundsatz „in dubio pro reo" muß der Verurteilung des Nachtäters die diesem günstigste Alternative der Vortat zugrunde gelegt werden.

Ist hiernach der Haupttäter wahldeutig wegen eines Vergehens oder einer Uebertretung verurteilt worden, so kann derjenige, der ihm nachträglich Beistand geleistet hat, nicht wegen Begünstigung bestraft werden, da bei einer Uebertretung strafbare Begünstigung nicht möglich ist, § 257 StGB. Desgleichen kann derjenige, der einem anderen nach Begehung einer Straftat seines Vorteils wegen Beistand geleistet hat, nur wegen Begünstigung (§ 257 StGB.) und nicht wegen Personenhehlerei (§ 258 Nr. 2 StGB.) bestraft werden, wenn die Haupttat nur wahldeutig als Betrug oder schwerer Diebstahl festgestellt werden konnte. Aehnliche Fälle sind insbesondere auch bei dem Tatbestand der Rückfallhehlerei denkbar.

---

1) Staks stellt a.a.O. allein auf die Verurteilung „als Dieb", „als Räuber" usw. ab und läßt allein diese — gleichgültig, ob sie zu Recht oder zu Unrecht erfolgte. — wegen ihres Charakters als „Verwarnung" rückfallbegründend wirken. Eine solche „Verwarnung" sieht er auch in der wahldeutigen Verurteilung, wenn hierbei das rückfallbegründende Strafgesetz zur Anwendung kam.

2) Gleicher Ansicht; Hubernagel, a.a.O. S. 332; Zeiler, DJ. 1934, 901 f.; Graf zu Dohna, a.a.O. S. 587.

III. Auf Grund wahldeutiger Verurteilung ist der Wahrheitsbweis des § 190 StGB. weder als erbracht anzusehen, noch ist der Täter durch das wahldeutige Urteil von diesem Beweis ausgeschlossen.

Der Nachweis der behaupteten strafbaren Handlung kann durch den Hinweis auf die wahldeutige Verurteilung deswegen nicht erbracht werden, weil im wahldeutigen Urteil die Straftat nicht mit Sicherheit festgestellt ist, sondern offenbleibt, ob der Täter die behauptete oder eine andere strafbare Handlung begangen hat. Andererseits ist es dem Beleidiger auf Grund der früheren wahldeutigen Verurteilung nicht verwehrt, den eindeutigen Nachweis der behaupteteten Straftat zu erbringen, da in der wahldeutigen Verurteilung auf keinem Fall ein Freispruch zu erblicken ist. Das wahldeutige Urteil hat sonach keine präjudizielle Rechtskraftwirkung. Es verbleibt daher in solchen Fällen bei der freien Beweiswürdigung durch den mit der Sache befaßten Richter.

IV. Wahldeutige Urteile unterliegen der Anfechtung nicht nur wegen der Tat, die gemäß § 267b Abs. I StPO. im Urteilstenor festgestellt ist, sondern wegen aller in Betracht gezogener Möglichkeiten. Denn durch Anführung dieser Möglichkeiten in den Urteilgründen (§ 267b Abs. II StPO.) wird der Verurteilte öffentlich mit einem Verdacht belastet, gegen den er sich durch Anrufung der höheren Instanz wehren können muß. Er ist insoweit zweifellos beschwert.

Desgleichen liegt eine Beschwerde des Verurteilten dann vor, wenn das Gericht eine Möglichkeit des Tatherganges, welche den Freispruch oder die Anwendung eines milderen Strafgesetzes gerechtfertigt hätte, übersehen oder zu Unrecht verneint hat. Fraglich ist, ob eine diesbezügliche Nachprüfung auch in der Revisionsinstanz zulässig ist. Ich möchte das verneinen. Bei der Feststellung der verschiedenen Möglichkeiten des Tatablaufes handelt es sich um tatsächliche Feststellungen, die auf Grund freier richterlicher Beweiswürdigung getroffen werden. Die richterliche Ueberzeugung ist bei dem objektiv unaufge-

klärten Sachverhalt der Wahlfeststellungen das ausschlaggebende Moment. Diese ist aber in der Revisionsinstanz nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts [1]) nicht nachprüfbar. —

Daß der Staatsanwalt die entsprechenden Anfechtungsmöglichkeiten mit dem Ziele der Verurteilung des Täters wegen eines schwereren Deliktes hat, bedarf keiner Hervorhebung.

Auch die Wiederaufnahme des Verfahrens wird nicht nur mit dem Ziele zulässig sein, das gemäß § 267b Abs. I StPO. im Urteilstenor angeführte Delikt in Wegfall zu bringen, sondern auch im Hinblick auf die nur in den Gründen angeführten, weiteren strafbaren Möglichkeiten. Keine dieser Möglichkeiten ist voll erwiesen, keine verneint. Sie tragen den Schuldspruch völlig gleichmäßig und regelmäßig nur in ihrer Gesamtheit. Fällt eine davon weg, so ergibt sich für den Richter eine völlig neue Sachlage. Er wird dann häufig straffreie Möglichkeiten des Tatablaufes nicht mehr ausschließen können und deshalb zum Freispruch gelangen. Das ergibt sich aus der „negativen Tätigkeit des Gerichts bei Wahlfeststellungen“ [2]). Die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 359 Nr. 5 StPO. muß daher zugunsten des Verurteilten grundsätzlich auch dann stattfinden, wenn die neuen Tatsachen und Beweismittel nur geeignet sind eine im Urteilstenor nicht angeführte, schwere Deliktsmöglichkeit aus dem Wege zu schaffen. Allerdings wird hier allein die Würdigung des Einzelfalles ergeben, ob durch Wegfall einer schwereren Deliktsmöglichkeit die ganze Urteilsgrundlage erschüttert ist. Wenn das nicht der Fall ist, so kann § 359 Nr. 5 StPO. bezüglich der in der Urteilsformel nicht genannten, schwereren Delikte die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht rechtfertigen, da die neuen Tatsachen und Beweismittel, die nur diese in Wegfall bringen sollen, nicht ge-

1) vergl. RG. 45, 159; 52, 319.
2) vergl. RG. 68, 257; siehe oben § 2 IV 2).

eignet sind „in Anwendung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Bestrafung zu begründen“ [1]). —

Wie die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten mit dem Ziele des Freispruches oder der Anwendung eines milderen Strafgesetzes, so erscheint auch die Wiederaufnahme zu seinen Ungunsten mit dem Ziele der ein- oder mehrdeutigen Verurteilung wegen eines schwereren Deliktes zulässig. Fraglich erscheint hier, ob ein glaubwürdiges Geständnis des Verurteilten, welches die Verurteilung wegen des alternativ festgestellten schwereren Deliktes zur Folge haben würde, die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 362 Nr. 4 StPO. rechtfertigt. Im Gegensatz zu Dohna [2]) möchte ich das verneinen, da die Zulassung der Wiederaufnahme dem klaren Wortlaut des Gesetzes widersprechen würde und einer Aufhebung des Grundsatzes „ne bis in idem“ gleichkäme.

1) Nach herrschender Ansicht führt auch der Wegfall eines ideell konkurrierenden Deliktes, dessen Strafe nicht als die schwerste angewendet ist, nicht zur Wiederaufnahme; Schwarz StPO. § 359 Anm. E.

2) A.a.O. S. 588.